

روضة المسائل في الخلاص

على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل

تصنيف

أبي جعفر عبد الخالق بن عيسى العباسي الهاشمي

(٤١١ - ٤٧٠ هـ)

الجزء الأول

دراسة وتحقيق

سعاد الله شافل الدين عبد الله بن عبد الله بن وهيب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جميع الحقوق محفوظة للمحقق
أ.د. عبد الملك بن دهيش

الطبعة الأولى

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

يطلب من مكتبة النهضة الحديثة
مكة المكرمة هاتف ٥٧٤٤٥٩٥

دار خضر

للطباعة والنشر والتوزيع

ص ب : ١٢/٦١٤١

بيروت ، لبنان



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين، وصلوات الله وسلامه على أشرف الأنبياء والمرسلين، سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .
أما بعد :

فقد اهتم كثير من العلماء بعلم الخلاف، ذلك العلم الذي يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية، ودفع الشُّبه، وقوادح الأدلة الخلافية، بإيراد البراهين القطعية، وقد صنف العلماء فيه كتباً عديدة، جمعوا فيها أقوال الأئمة في فروع الشرع .

وقد منَّ الله عليَّ بدراسة كثير من كتب الفقه الحنبلي، ويسر لي بتوقيفه إخراج العديد منها، وضمن هذه الكتب كتاب : « رؤوس المسائل في الخلاف » على مذهب الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله، تصنيف الإمام أبي جعفر عبد الخالق ابن عيسى العباسي الهاشمي المتوفى سنة (٤٧٠هـ) رحمه الله .

وقد وقع هذا الكتاب في مجلدين، احتويا على (١٩٦٠ مسألة) علقت على مسائل علمية بما يلزمها من توثيق، وصدرت ذلك بدراسة وافية، شملت : التعريف بالمؤلف، والحياة العلمية والتاريخية والاجتماعية في عصره، وشيوخه، وتلاميذه، وأعماله، ومصنفاته، ودراسة عن كتاب « رؤوس المسائل في الخلاف »، ومفهوم « علم الخلاف »، وما صنف فيه من كتب في المذهب الواحد، أو المذاهب الأربعة، أو بعضها، ثم استعرضت منهج المؤلف فيه، وبينت طريقة عملي فيه، ثم وصفت النسخ الخطية التي اعتمدت عليها .

وتتجلى أهمية هذا الكتاب في المنهج العلمي الذي سلكه المصنف في إيراده للمسائل، حيث يستدل للمسألة بالقرآن الكريم، وسنة رسول الله ﷺ، وآثار الصحابة، والتابعين، عند الاحتياج إلى ذلك .

وكان ذلك دافعاً لي لتحقيقه، ومن ثمّة إخراجّه، وها أنذا أقدمه للباحثين
عن كنوز فقهنّا، فقه إمام أهل السنة الإمام أحمد بن حنبل وأصحابه رحمهم الله .
أسأل الله جلّت قدرته أن يفقهنا في أمور ديننا، ويهيئ لنا من أمرنا رشداً، إنه
ولي ذلك والقادر عليه، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

وكتبه

أ.د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش
مكة المكرمة في منتصف شعبان سنة ١٤٢١هـ

التعريف بالمؤلف

رؤوس المسائل

على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل رضى الله عنه

تصنيف:

أبي جعفر عبد الخالق بن عيسى العباسي الهاشمي
(٤١١ - ٤٧٠ هـ)

١- التعريف بالمؤلف

ويشمل :

- اسمه ونسبه
- مولده
- نشأته ، والحياة التاريخية والعلمية والاجتماعية فى عصره
- مشائخه
- تلاميذه
- ثناء العلماء عليه
- أعماله
- مصنقاته
- وفاته.

٢- دراسة الكتاب

وتشمل :

- التعريف بكتب الخلاف.
- منهج المؤلف.
- عملنا فى الكتاب.

الشريف أبو جعفر عبد الخالق بن عيسى العباسي الهاشمي* (٤١١ - ٤٧٠هـ)

● اسمه ونسبه :

هو : الإمام عبد الخالق بن عيسى بن أحمد بن محمد بن عيسى بن أحمد

* مصادر ترجمته :

- طبقات الحنابلة :

للقاضي أبي الحسين، محمد بن محمد بن الحسين ابن محمد بن الفراء (٤٥١-٥٢٦هـ).
تصحيح : محمد حامد الفقي
نشر : مطبعة السنة المحمدية - القاهرة.

- المنتظم في تاريخ الأمم والملوك :

لأبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي (ت ٥٩٧هـ)
تحقيق : محمد عبد القادر عطا.

نشر : دار الكتب العلمية - بيروت (الطبعة الأولى ، ١٤١٢هـ / ١٩٩٢م)

- مناقب الإمام أحمد بن حنبل :

للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي (ت ٥٩٧هـ)
تحقيق : د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي
نشر : مكتبة الخانجي بمصر (الطبعة الأولى ، ١٣٩٩هـ / ١٩٧٩م)

- سير أعلام النبلاء :

للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ).
تحقيق : شعيب الأرنؤوط و محمد نعيم العرقسوسي .
نشر : مؤسسة الرسالة - بيروت. (الطبعة الرابعة ، ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م).

- العبر من خبر من غبر :

للإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ).
تحقيق : فؤاد سيد

نشر : التراث العربي - دائرة المطبوعات والنشر - الكويت - ١٩٦١م

- البداية والنهاية في التاريخ :

للإمام الحافظ المفسر المؤرخ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (ت ٧٩٥هـ).

نشر : مطبعة السعادة - مصر.

- الذيل على طبقات الحنابلة :

للشيخ زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين أحمد بن رجب البغدادي الدمشقي الحنبلي (ت ٧٩٥هـ).

تحقيق : هنري لاوست وسامي الدهان.

نشر : المعهد الفرنسي بدمشق للدراسات العربية (دمشق ، ١٣٧٠هـ / ١٩٥١م).

بن موسى بن محمد بن إبراهيم بن عبد الله بن معبد بن العباس بن عبدالمطلب بن هاشم، الشريف أبو جعفر بن أبي موسى الهاشمي العباسي، شيخ الحنبلية.

وهو ابن أخي الشريف أبي علي محمد بن أحمد بن محمد بن عيسى بن أحمد بن موسى صاحب الإرشاد، «وأبو موسى» هو كنية جده الأعلى «عيسى بن أحمد بن موسى»^(١).

• مولده :

أجمعت المصادر التي ترجمت للشيخ أبي جعفر عبد الخالق بن عيسى لهاشمي على أن مولده كان في سنة إحدى عشرة وأربع مائة.

- النجوم الزاهرة في ملوك مصر القاهرة: لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي (٨١٣-٨٧٤هـ) نشر: وزارة الثقافة والإرشاد القومي بمصر.
- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد: لبرهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح (ت ٨٨٤هـ). تحقيق: د/ عبدالرحمن بن سليمان العثيمين نشر: مكتبة الرشد - الرياض (الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م).
- المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد: لأبي اليمن مجير الدين عبد الرحمن بن محمد العليمي المقدسي الحنبلي (ت ٩٢٨هـ). تحقيق: محمود الأرناؤوط.
- نشر: دار صادر - بيروت (الطبعة الأولى، ١٩٩٧م).
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩هـ). نشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل: للشيخ عبدالقادر بن بدران الدمشقي (ت ١٣٤٦هـ). تحقيق: د/ عبد الله بن عبدالمحسن التركي نشر: مؤسسة الرسالة - بيروت (الطبعة الثالثة - بيروت، ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م).
- مفاتيح الفقه الحنبلي: د/ سالم علي الثقفي الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.
- (١) الذيل على طبقات الحنابلة: ٢٠/١.

● نشأته، والحياة العلمية والتاريخية والاجتماعية في عصره :

لقد كانت نشأة الشيخ أبي جعفر عبدالخالق بن عيسى الهاشمي في بغداد، التي كانت حاضرة العالم الإسلامي، ومهد العلماء في عصره، ويعتبر عصر المؤلف هو القرن الخامس الهجري، فبرز في عصره من العلماء الكثير في فنون وعلوم شتى، وصنفوا المصنفات الكثيرة التي اتسمت بالدقة والتبويب، فلا نجد فناً أو علماً إلا وقد ألف فيه الكثير من المؤلفات القيمة.

فأهم ما يميز هذا القرن عما سبقه هو بناء المدارس العامة للطلاب، ويدل على ذلك ما كتبه السبكي في مناقب الحسن بن علي بن العباس الطوسي، الوزير، الملقب بنظام الدين^(١) قائلاً : «هو أشهر من بنى لهم المدارس، وشيد أركانهم»^(٢) ... كما كان يقدر العلماء، فإن جلس بين العلماء جلس وعليه سيما الوقار، وله من التأدب معهم ما شهدت به التواريخ والأخبار، ويتضاعل بين العلماء، وأخذ في بناء المساجد، والمدارس والرباطات ... وبنى مدرسة ببغداد، ومدرسة ببلخ، ومدرسة بنيسابور، ومدرسة بهراة، ومدرسة بأصبهان، ومدرسة بالبصرة، ومدرسة بمرور، ومدرسة بأمل طبرستان، ومدرسة بالموصل.^(٣)

وكان الشيخ أبو جعفر يدرس بجامع المنصور ببغداد، ويُعد جامع المنصور بمثابة جامعة كبيرة، يرجو أي أستاذ أن تكون له حلقة علم فيه، ويؤيد

(١) هو: الوزير خواجه بزرگ قوام الدين، نظام الملك أبو علي الحسن بن علي بن إسحاق، كان معدوداً من العلماء الأجواد، وكان محباً للعلم، مجلسه دائماً معمور بالقراء والفقهاء وأئمة المسلمين، وأهل الخير والصلاح، أمر ببناء المدارس المعروفة بالنظامية في سائر الأمصار والبلاد وأجرى لها الجرايات العظيمة. انظر: محاضرات تاريخ الأمم الإسلامية (الدولة العباسية) للشيخ محمد الخضري بك : ٤٢٨.

(٢) طبقات الشافعية الكبرى : ٣٠٩/٤.

(٣) المرجع السابق : ٣١٠/٤، ٣١٢، ٣١٣.

ذلك ما روي عن الخطيب البغدادي^(١) أنه لما وصل مكة، ودخل بيت الله الحرام، طاف بالبيت، وصلى ركعتين خلف المقام، ثم توجه إلى زمزم فشرب منه ثلاث شربات، وسأل الله تعالى ثلاث حاجات، أخذاً بقول رسول الله ﷺ: «ماء زمزم لما شرب له»^(٢)، والحاجات الثلاث هي: الأولى: أن يحدث بتاريخ بغداد بها؛ الثانية: أن يُملي الحديث بجامع المنصور؛ الثالثة: أن يُدفن عند بشر الحافي؛ فقضى الله له ذلك.^(٣)

فأحد الأمانى الثلاث للخطيب البغدادي هي أن يُملي الحديث في جامع المنصور، لأنه الجامع الذي تلقى فيه علومه، والتقى فيه بكبار شيوخه، فيريد أن يفيد الناس فيه، ومن جهة أخرى فجامع المنصور هو الجامع الكبير في بغداد، واجتماع الناس فيه أكبر من غيره من المساجد، فتكون الفائدة فيه أكثر^(٤)، فهو بمثابة جامعة كبيرة كما أسلفت.

فالحالة العلمية في عصره كانت منتعشة انتعاشاً كبيراً، ولم تتأثر بالتقلبات السياسية والتصدع الذي أصاب الخلافة الإسلامية، أو التنافس المذهبي والخلاف بين الفرق المختلفة.

(١) هو: أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي، ويكنى أبا بكر، واشتهر بالخطيب البغدادي، الإمام، المصنف، الحافظ، أحد الأئمة المكثرين في التصنيف، المجيدين له، البارعين فيه، صنف أكثر من ثمانين مصنفاً، أشهرها تاريخ بغداد، ولد لست بقين من جمادى الآخرة سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة، وتوفي في سابع ذي الحجة من سنة ثلاث وستين وأربعمائة.

ترجمته في: تاريخ دمشق لابن عساكر: ٣٩٩/١، ووفيات الأعيان: ٧٦/١، ومعجم الأدباء: ١٦/٤، والمنتظم: ٢٦٥/٨، والتذكرة: ١١٤٤/٣، وشذرات الذهب: ١٢/٣.

(٢) رواه ابن ماجه في سننه: ١٠١٨/٢، وأحمد في مسنده: ٣٥٧/٣، ٣٧٢، والفاكهى: ٢٧/٢، والأزرقي: ٥٢/٢.

(٣) تاريخ دمشق لابن عساكر: ٣٩٩/١، ومعجم الأدباء: ١٦/٤، والتذكرة: ١١٣٩/٣، وطبقات الشافعية الكبرى: ٣٥/٤.

(٤) الحافظ الخطيب البغدادي وأثره في علوم الحديث: ٤٢.

التعريف بالمؤلف

وكان الإمام أبو جعفر العباسي عالماً ، فقيهاً ، ورعاً ، عابداً ، زاهداً ،
قوالاً بالحق.^(١)

قال ابن السمعاني : « كان إمام الحنابلة في عصره بلا مدافعة، مليح
التدريس، حسن الكلام في المناظرة، ورعاً زاهداً، متقناً، عالماً بأحكام القرآن
والقرائض»^(٢)، وكان علامة، كثير الفنون، رأساً في الفقه^(٣)، وهو أحد الفقهاء
العلماء الزهاد المشهورين بالديانة والفضل والعبادة».^(٤)

قال ابن مفلح : «كان مختصر الكلام، مليح التدريس، جيد الكلام في
المناظرة، عالماً بالفرائض، وأحكام القرآن والأصول، وكان له مجلس نظر كل يوم
اثنين ... وانتهى إليه في وقته الرحلة في طلب مذهب الإمام أحمد».^(٥)

وأما عن الحالة السياسية فقد عاش أبو جعفر العباسي في عصر
انتشرت فيه القلاقل السياسية، والصراعات على السلطة، وهو العصر الذي شاهد
ضعف الخلافة العباسية، فالسلطة الفعلية لم تكن للخليفة العباسي بقدر ما كانت
السلطة الفعلية لبني بويه، وللسلجوقيين من بعدهم .

وقد عاصر ثلاثة من الخلفاء العباسيين ، وهم :

١ - الخليفة القادر بالله (٣٨١-٤٢٢هـ) :

هو : أبو العباس، أحمد بن الأمير إسحاق بن المقتدر جعفر بن المعتضد
العباسي، تولى الخلافة سنة إحدى وثمانين وثلاثمائة، وله من العمر يومئذ أربع
وأربعون سنة، وبقي في الخلافة إلى أن توفي سنة (٤٢٢هـ)، وكانت خلافته إحدى

(١) المنتظم لابن الجوزي: ١٩٥/١٦، والذيل على طبقات الحنابلة: ٢٠/١.

(٢) سير أعلام النبلاء: ٥٤٧/١٨، وشذرات الذهب: ٣٠٢/٥.

(٣) العبر من خبر من غير، للذهبي: ٢٧٣/٣.

(٤) البداية والنهاية: ١١٩/١٢.

(٥) المقصد الأرشد: ١٤٥/٢.

وأربعين سنة، وكان رجلاً عالماً، قامعاً للبدعة، وكان من أهل الديانة والتهجد، وكثرة الصدقات، وصنف كتاباً في الأصول في فضل الصحابة، وتكفير المعتزلة، والقائلين بخلق القرآن، وكان هذا الكتاب يُقرأ كل جمعة بحضرة الناس.^(١)

٢- الخليفة القائم بأمر الله (٤٢٢-٤٦٧هـ):

هو : أبو جعفر عبد الله بن القادر بالله أحمد بن الأمير إسحاق السالف الذكر؛ ولد سنة (٣٩١هـ)، وتولى الخلافة بعد موت أبيه سنة (٤٢٢هـ) وهو الذي قبه بـ «القائم بأمر الله»، وكان ورعاً ديناً زاهداً عالماً، قوي اليقين بالله، كثير الصدقة والصبر، ولكنه كان ضعيفاً ليس بيده من الأمر شيء، وكان في عهد سلطنة جلال الدولة البويهى (٤١٨-٤٣٥هـ)، وأبي كالجار (٤٣٦-٤٤٠هـ)، والملك الرحيم (٤٤٠-٤٤٧هـ) مسلوب السلطة، في الوقت الذي أصبح فيه ملوك بنى بويه يديرون العالم الإسلامي، ثم استغاث الخليفة القائم بأمر الله بطغرل بك السلجوقي (السُّني) الذي كان بنواحي الري^(٢) ليتدخل في الأمر، ويأتي إلى بغداد، ويخلصه من البويهيين، والبساسيري^(٣) (عميل الفاطميين في بغداد)،

(١) الكامل في التاريخ لابن الأثير: ٨٣/٩.

(٢) الري : مدينة ليس بعد بغداد من المشرق أعمر منها إلا نيسابور، ويخترقها نهر يقال له رودة. انظر: الروض المعطار في خبر الأقطار لمحمد بن عبد المنعم الحميري: ٢٧٨.

(٣) هو : أبو الحارث أرسلان بن عبد الله البساسيري، مقدم الأتراك وكبير قوادهم، أول ظهوره سنة ٤٢٥هـ، كان قد عظم أمره وقويت شوكته، واشتهر أمره إلى أن استغل الفرصة في نشوب الخلافات بين السلاجقة فدخل بغداد سنة ٤٥٠هـ واستولى على البلاد، ولم يكن الخليفة القائم بأمر الله يقطع أمراً دونه، ثم تبين للخليفة بأمر الله سوء عقيدة البساسيري، ونيته في الغدر به والقبض عليه، وكان قد كاتب صاحب مصر الفاطمي يذكر له أنه في طاعته، وأنه على استعداد لإقامة الدعوة له بالعراق ليطيح بالخلافة العباسية السنية ويحل محلها الخلافة الفاطمية، وزاد في الأذان «حي على خير العمل»، قتل سنة ٤٥١هـ.

انظر: الكامل لابن الأثير: ٧/٨، وتاريخ بغداد: ٣٩٩/٩.

فجاء طغرل بك ، ودخل بجنوده بغداد وفرَّ البساسيري إلى (الرحبة)^(١) وذلك في سنة (٤٤٧هـ) وقبض طغرل بك على الملك الرحيم ، آخر ملوك بني بويه ، وبذلك انتهى حكم بني بويه ، وحل محلهم السلجوقيون ، فتسلموا الأمور ببغداد ، ووضعوا الخلافة العباسية تحت حمايتهم.^(٢)

ولما احتضر الخليفة «القائم بأمر الله» قال : يغسلني عبد الخالق - يقصد الشريف أبا جعفر - ففعل ، ولم يأخذ مما هناك شيئاً ، ف قيل له : قد وصى لك أمير المؤمنين بأشياء كثيرة ، فأبى أن يأخذ ؛ ف قيل له : فقميص أمير المؤمنين تتبرك به ، فأخذ فوطه نفسه فنشفه بها ، وقال : قد لَحِقَ هذه الفوطه بركة أمير المؤمنين.^(٣) ويدل ذلك على عفته وزهده.

ونال تحاسد العلماء على منزلته ومكانته لدى الحكام ، وفي ذلك يقول أبو محمد التميمي : « ما حسدت أحداً إلا الشريف أبا جعفر ، في ذلك اليوم - يقصد يوم تغسيله للخليفة القائم بأمر الله - وقد نلت مرتبة التدريس والتذكير والسفارة بين الملوك ، ورواية الأحاديث ، والمنزلة اللطيفة عند الخاص والعام ، فلما كان ذلك اليوم خرج الشريف علينا ، وقد غسل القائم عن وصيته بذلك ، ثم لم يقبل شيئاً من الدنيا ، ثم انسل طالباً لمسجده ، ونحن كل منا جالس على الأرض متغير لونه ، مخرق لثوبه ، يهوله ما يحدث به بعد موت هذا الرجل على قدر ماله تعلق بهم ، فعرفت أن الرجل هو ذلك».^(٤)

(١) الرحبة: وتسمى: رحبة مالك بن طوق، وهي مدينة في شرق الفرات بينها وبين بغداد مائة فرسخ، حصينة، عامرة، ولها أسواق وعمارات وكثير من التمر، ولم يكن لها أثر قديم، وأحدثها مالك بن طوق بن عتاب التغلبي في خلافة المأمون. انظر: معجم البلدان لياقوت الحموي: ٣٤٤/٣، والروض المعطار: ٢٦٨.

(٢) تاريخ بغداد: ٣٩٩/٩.

(٣) الذيل علي طبقات الحنابلة: ٢٢/١.

(٤) المرجع السابق: ٢٣/١.

قال القاضي أبو الحسين - أي ابن أبي يعلى : - قلت له - أي قلت لعبد الخالق بعد اجتماعي معه : أين سهمنا مما كان هناك ؟ - يقصد بعد غسله للخليفة - فقال : أحييت جمال شيخنا والدك الإمام أبي يعلى ؛ يقال : هذا غلامه تنزه عن هذا القدر الكثير ، فكيف لو كان هو ؟ (١)

٣- الخليفة المقتدى بأمر الله (٤٦٧-٤٨٧هـ) :

هو : أبو القاسم ، عبد الله بن الذخيرة ، أبي العباس ، محمد بن القائم ولم يكن للقائم من أعقاب له ذكر سواه ، فإبن الذخيرة توفي أيام أبيه ، ولم يكن له غيره ، وهو من خيرة بني العباس ، كان قوي النفس ، عظيم الهمة ، أصلح كثيراً من الأحوال الأدبية ببغداد ، فأمر بنفي المغنيات والمفسدات منها ، ووقع الهراوى والأبراج التي للطيور ، ومنع من اللعب بها لأجل الإطلاع على حرم الناس ، ومنع الملاحين أن يحملوا الرجال والنساء مجتمعين ، ولذلك أصلح كثيراً من الماديات ، فعمرت في بغداد عدة محال في خلافته ، ومنع من إجراء ماء الحمامات إلى دجلة وألزم أربابها بحفر آبار للمياه ، وكانت أيامه كثيرة الخير واسعة الرزق وعظمت الخلافة أكثر مما كان من قبله .

وفي منتصف المحرم سنة (٤٨٧هـ) توفي المقتدى بالله فجأة بعد أن قدم إليه تقليد السلطان بركيا رون فقرأه وعلم ما فيه ولم يمضه (٢)

● نهيه وانكاره المنكرات :

كثرت الصدامات داخل بغداد بين المذاهب والفرق الإسلامية المختلفة ، كما انتشرت المفسدات وشرب الخمر ، وفي ذلك يقول ابن رجب : « وفي سنة أربع

(١) الذيل علي طبقات الحنابلة : ٢٣/١ .

(٢) محاضرات تاريخ الأمم الإسلامية (الدولة العباسية) للشيخ محمد الخضري بك : ٤٢٧-٤٢٩ .

وستين وأربعمئة اجتمع الشريف أبو جعفر ومعه الحنابلة في جامع القصر ، وأدخلوا معهم أبا إسحاق الشيرازي^(١) وأصحابه ، وطلبوا من الدولة قلع المواخير،^(٢) وتتبع المفسدين والمفسدات ، ومن يبيع النبيذ ، وضرب دراهم تقع بها المعاملة عوض القراضة، فتقدم الخليفة بذلك ، فهرب المفسدات وكُبت دور ، وأريقَت الأنبذة ، ووعدوا بقلع المواخير ، ومكاتبة عضد الدولة برفعها والتقدم بضرب الدراهم التي يتعامل بها ، فلم يقنع الشريف ، ولا أبو إسحاق بهذا الوعد ، وبقي الشريف مدة طويلة متعباً مهاجراً لهم.

وحكى أبو المعالي صالح بن شافع^(٣) عن حدثه : أن الشريف رأى محمداً وكيل الخليفة حين غرقت بغداد سنة ست وستين ، وجرى على دار الخليفة العجائب، وهم في غاية التخطب : فقال الشريف أبو جعفر: يا محمد يا محمد، فقال له : لبيك يا سيدنا ، فقال له : قل له : كتبنا وكتبتم ، وجاء جوابنا قبل جوابكم ، يشير إلى قول الخليفة : سنكاتب في رفع المواخير، ويريد بجوابه : الغرق وما جرى فيه.^(٤)

(١) أبو إسحاق الشيرازي ، هو : إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي ، صاحب طبقات الفقهاء ، توفي سنة ٤٧٥ هـ. انظر ترجمته في : المنتظم : ٧/٩ ، وتهذيب الأسماء واللغات : ١٧٢/٢ ، وسير أعلام النبلاء : ٤٥٢/١٨ .

(٢) المواخير : هي بيوت الخمارين عند أهل العراق ، والتي يسميها العرب «الحوانيت». انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر : ٤٤٨/١ مادة (حنت) .

(٣) يقصد : أبا محمد، شافع بن صالح بن حاتم بن أبي عبد الله الجيلي ، قال ابن رجب : «درس الفقه بمسجد الشريف أبي جعفر بدرب المطبخ شرقي بغداد وكان يؤم به». توفي سنة ٤٨٠ هـ. انظر ترجمته في : ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب : ٦٣/١ ، والمقصد الأرشد : ٤٢٠/١ ، والمنهج الأحمد : ٤٢٤/٢ ، وشذرات الذهب : ٣٤٧/٥ .

(٤) الذيل على طبقات الحنابلة : ٢٤/١ ، وانظر : المنهج الأحمد : ٣٩٢/٢ .

● مجاربته للفرق الضالة:

وفي سنة ستين وأربعمائة كان أبو علي بن الوليد^(١) شيخ المعتزلة قد عزم على إظهار مذهبه لأجل موت الشيخ الأجل أبي منصور بن يوسف،^(٢) فقام الشريف أبو جعفر، وعبر إلى جامع المنصور هو وأهل مذهبه، وسائر الفقهاء، وأعيان أهل الحديث، ففرح أهل السنة بذلك، وقرأوا كتاب التوحيد لابن خزيمة، ثم حضروا الديوان وسألوا إخراج الاعتقاد الذي جمعه الخليفة القادر فأجيبوا إلى ذلك، وقرئ هناك بمحضر من الجميع، واتفقوا على لعن من خالفه، وتكفيره؛ وبالع ابن فورك في ذلك، ثم سأل الشريف أبو جعفر، والزاهد الصحراوي، أن يسلم إليهم الاعتقاد، فقال لهم الوزير: ليس هاهنا نسخة غير هذه، ونحن نكتب لكم به نسخة لتقرأ في المجالس؛ فقالوا: هكذا فعلنا في أيام القادر، قرئ في المساجد والجوامع، فقال: هكذا تفعلون فليس اعتقاد غير هذا، وانصرفوا ثم قرئ بعد ذلك الاعتقاد بباب البصرة، وحضره الخاص والعام، وكذلك أنكر الشريف أبو جعفر على ابن عقيل^(٣) ترده إلى ابن الوليد وغيره، فاختلف مدة ثم

(١) هو: أبو علي بن الوليد؛ هو: محمد بن أحمد بن عبد الله بن أحمد بن الوليد، الكوفي، المتكلم، أتقن علم الاعتزال على أبي الحسين البصري واضطره أهل السنة إلى أن يلزم بيته خمسين سنة لا يتجاسر أن يظهر، مات سنة ثمان وسبعين وأربعمائة. انظر ترجمته في: المنتظم: ٢٤٧/١٦، وسير أعلام النبلاء: ٤٨٩/١٨، والوفاء بالوفيات: ٨٤/٢.

(٢) هو: الشيخ أبو منصور عبد الملك بن محمد بن يوسف البغدادي؛ كان أوحده وقته في فعل الخير، ودوام الصدقة والإفضال على العلماء. والنصر لأهل السنة، والقمع لأهل البدع، توفي سنة ستين وأربعمائة. انظر ترجمته في: تاريخ بغداد: ٤٣٤/١٠، والمنتظم: ٢٥٠/٨، وسير أعلام النبلاء: ١٣٣/٨.

(٣) ابن عقيل؛ هو: علي بن عقيل بن محمد بن عقيل بن أحمد، البغدادي، الظفري، المقرئ، الفقيه الأصولي، الواعظ، المتكلم، أبو الوفاء، أحد الأعلام وشيخ الإسلام، ولد سنة (٤٣١هـ) وله تصانيف كثيرة في أنواع العلم، منها: الفنون، والفصول، وعمدة الأدلة، والمفردات، والتذكرة، والواضح، والانتصار، وغير ذلك الكثير، وتوفي سنة ٥١٣هـ.

ترجمته في: طبقات الحنابلة: ٢٥٩/٢، والمنتظم: ١٧٩/١٧، ومناقب الإمام أحمد: ١٣٤، والكامل لابن الأثير: ٥٦١/١٠، وسير أعلام النبلاء: ٤٤٣/١٩، ودول الإسلام: ٤١/٢، وذيل طبقات الحنابلة: ١٤٢/١، والمقصد الأرشد: ٢٤٥/٢، والمنهج الأحمد: ٧٨/٣.

تاب وأظهر توبته.^(١)

● مجنته:

وفي سنة تسع وستين وأربعمائة جاء لبغداد أبو نصر بن القشيري^(٢)، فأحدث فتنة عظيمة، وذلك بجلوسه في النظامية^(٣)، وأخذ يذم الحنابلة، وينسب إليهم التجسيم، وكان من المؤيدين والمتعصبين له أبو سعد الصوفي كما مال إلى نصرته أبو إسحاق الشيرازي، وكتب إلى نظام الملك الوزير يشكو الحنابلة، ويسأله المعونة؛ فاتفق جماعة من أتباعه على الهجوم على الشريف أبي جعفر في مسجده، والإيقاع به، فرتب الشريف جماعة أعدهم لرد خصومه إن وقعت، فلما وصل جماعة القشيري إلى باب المسجد رماهم أنصار الشريف أبو جعفر

(١) قال ابن رجب: «إن أصحابنا - يقصد الحنابلة - كانوا ينقمون على ابن عقيل تردده إلى ابن الوليد، وابن الثبان شيخي المعتزلة، وكان يقرأ عليهما في السر علم الكلام، ويظهر منه في بعض الأحيان نوع انحراف عن السنة، وتأول لبعض الطبقات ولم يزل فيه بعض ذلك إلى أن مات؛ ففي سنة إحدى وستين اطلعوا له على كتب فيها شيء من تعظيم المعتزلة؛ ووقف على ذلك الشريف أبو جعفر وغيره، فاشتد ذلك عليهم، وطلبوا أذاه، فاختلفوا ثم التجأ إلى دار السلطان، ولم يزل أمره في تخطيط إلى سنة خمس وستين، فحضر في أولها إلى الديوان، ومعه جماعة من الأصحاب، فاصطلحوا، ولم يحضر الشريف أبي جعفر، لأنه كان عاتباً على ولاية الأمر بسبب إنكار منكر، فمضى ابن عقيل إلى بيت الشريف أبو جعفر وصالحه وكتب بخطه: يقول على بن عقيل بن محمد: إني أبرأ إلى الله تعالى من مذاهب المبتدعة: الاعتزال وغيره، ومن صحبة أربابه، وتعظيم أصحابه، والترحم على أسلافهم والتكثير بأخلاقهم... وقد كان الشريف أبو جعفر، ومن كان معه من الشيوخ والأتباع مصيبين في الإنكار على ما شاهدوه بخطي من الكتب التي أبرأ إلى الله تعالى منها وأتحقق أنني كنت مخطئاً غير مصيب». انظر تفاصيل هذه القصة بالذيل على طبقات الحنابلة: ١٧٤/١ - ١٧٥.

(٢) هو: أبو نصر، عبدالرحيم بن عبدالكريم بن هوازن بن عبدالملك بن طلحة القشيري النيسابوري، النحوي، المتكلم، اعتنق به أبوه، وأسمعه وأقرأه حتى برع في كل العلوم، ووعظ ببغداد، وبالف في التعصب للأشاعرة والكره للحنابلة، ومات في سنة أربع عشرة وخمسمائة. انظر ترجمته في: المنتظم: ١٧/١٩٠، وسير أعلام النبلاء: ٤٢٤/١٩، والبدية والنهاية: ١٨٧/١٢، وشذرات الذهب: ٤٥/٤، والكامل: ٢٠٦/٩.

(٣) يقصد المدرسة النظامية، وهي إحدى المدارس الشهيرة ببغداد.

بالحجارة ، فوقعت الفتنة ، وقتل رجل من العامة ، وجرح آخرون .

وأغلق أتباع القشيري أبواب سوق مدرسة النظام ، وصاحوا :
«المستنصر بالله يا منصور» - يقصدون العبيدي صاحب مصر - وقصدوا بذلك
التشنيع على الخليفة العباسي وأنه موالٍ ومناصر للحنابلة ، لا سيما والشريف أبو
جعفر ابن عمه .

فغضب أبو إسحاق وأظهر التأهب للسفر ، وكاتب فقهاء الشافعية نظام
الملك بما جرى ، فورد كتابه بالامتناع من ذلك ، والغضب لتسلط الحنابلة على
الطائفة الأخرى^(١) ، وكان الخليفة يخاف من السلطان ووزيره نظام الملك
ويداريهما .

وحكى أبو المعالي صالح بن شافع عن شيخه أبي الفتح الحلواني وغيره ،
ممن شاهد الحال : أن الخليفة لما خاف تشنيع الشافعية عليه عند النظام ، أمر
!الوزير أن يجيل الفكر فيما تنحسم به الفتنة ؛ فاستدعى الشريف أبا جعفر بجماعة
من الرؤساء منهم ابن جردة ، فتلطفوا به حتى حضر في الليل ، وحضر أبو
إسحاق ، وأبو سعد الصوفي ، وأبو نصر بن القشيري^(٢) .

فلما حضر الشريف عظمه الوزير ورفع له ؛ وقال : إن أمير المؤمنين ساءه
ما جرى من اختلاف المسلمين في عقائدهم ، وهؤلاء يصالحونك على ما تريد ،
وأمرهم بالدنو من الشريف ، فقام إليه أبو إسحاق ، وكان يتردد في أيام المناظرة
إلى مسجده بدرب المطبخ ، فقال : أنا ذاك الذي تعرف ، وهذه كتبتي في أصول
الفقه أقول فيها خلافاً للأشعرية ، ثم قبل رأسه ، فقال له الشريف : قد كان ما
تقول إلا أنك لما كنت فقيراً لم تُظهر لنا ما في نفسك ، فلما جاء الأعوان
والسلطان وخو اجا بُرُك - يعني النظام - أبديت ما كان مخفياً .

(١) هكذا ورد النص في الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب : ٢٦/١ .

(٢) الذيل على طبقات الحنابلة : ٢٦/١ .

ثم قام أبو سعد الصوفي فقبل يد الشريف، وتلطف به، فالتفت مغضباً، وقال : أيها الشيخ ، إن الفقهاء إذا تكلموا في مسائل الأصول فلهم فيها مدخل؛ وأما أنت فصاحب لهو وسماع وتغيير ، فمن زاحمك على ذلك حتى داخلت المتكلمين والفقهاء ، فأقمت سوق التعصب.

ثم قام ابن القشيري، وكان أقلهم احتراماً للشريف، فقال الشريف : من هذا ؟ فقليل : أبو نصر بن القشيري ، فقال: لو جاز أن يشكر أحد على بدعته لكان هذا الشاب لأنه بادهنا بما في نفسه ، ولم ينافقنا كما فعل هذان.

ثم التفت إلى الوزير فقال : أي صلح بيننا ؟ إنما يكون الصلح بين مختصمين على ولاية ، أو دينا أو تنازع في ملك ؛ فأما هؤلاء القوم فإنهم يزعمون أننا كفار ؛ ونحن نزعم أن من لا يعتقد ما نعتقده يكون كافراً !! فأني صلح بيننا ؟ وهذا الإمام يصدع في المسلمين ، وقد كان جداه القائم والقادر أخرجا اعتقادهما للناس، وقرئ عليهم في دواوينهم وحمله عنهم الخراسانيون والحجيج إلى أطراف الأرض ، ونحن على اعتقادهما.

● سجنه:

وأنهى الوزير إلى الخليفة ما جرى ، فخرج في الجواب : عرف ما أثبتته من حضور ابن العم ، وحضور من حضر من أهل العلم ، والحمد لله الذي جمع الكلمة ، وختم الألفة ، فليؤذن للجماعة في الانصراف، وليقل لابن أبي موسى: إنه قد أفرد له موضع قريب من الخدمة ليراجع في كثير من الأمور المهمة .

فلما سمع الشريف هذا قال : فعلتموها ! فحمل إلى موضع أفرد له بدار الخلافة ، وكان الناس يدخلون عليه مدة مديدة ، ثم قيل له : قد كثر استطراق الناس دار الخلافة ! فاقصر على من تعين دخوله ، فقال : ما لي غرض في دخول أحد عليّ ؛ فامتنع الناس، ثم إن الشريف مرض مرضاً أثر في رجليه فانتهختا ؛ فيقال إن بعضاً من أعدائه ترك في مداسه سماً .

، مشايخه :

- أبو القاسم بن بشران^(١) (٣٣٩-٤٣٠هـ) :

عبد الملك بن محمد بن عبد الله بن بشران بن محمد بن بشران بن
سهران، الأموي مولا هم البغدادي ؛ الشيخ الإمام ، المحدث الصادق ، الواعظ
لمذكر ، مسند العراق ، أبو القاسم .

مولده في شوال سنة تسع وثلاثين وثلاثمائة.

حدث عن : أبي بكر النجاد ، وأبي سهل بن زياد ، وحمزة الدهقان، وأحمد
بن الفضل بن خزيمة ، وعبد الله بن محمد الفاكهي المكي ، والقطيعي... وغيرهم.

وحدث عنه : الخطيب ، والكتاني ، وأبو القاسم بن أبي العلاء ، وأبو الفضل
بن خيرون وأبو غالب بن الباقلاني ... وخلق كثير .

قال الخطيب : «كتبنا عنه ، وكان ثقة ثبتاً صالحاً».

مات في ربيع الآخر ، سنة ثلاثين وأربعمائة ، وأوصى أن يدفن بجانب الشيخ
أبي طالب المكي ؛ وكان الجمع في جنازته يتجاوز الحد ، ويفوت الإحصاء.

قال ابن الجوزي : «سمع أبا القاسم بن بشران».^(٢)

كما نصت أكثر من ترجمة له على سماعه من ابن بشران.^(٣)

(١) ترجمته في : تاريخ بغداد : ٤٣٢/١٠ ، والمنتظم : ٢٧٠/١٥ ، وسير أعلام النبلاء :
٤٥٠/١٧ ، والعبر : ١٧١/٣ ، ودول الإسلام : ٢٥٦/١ ، وتذكرة الحفاظ : ١٠٩٧/٣ ،
والنجوم الزاهرة : ٣٠/٥ ، وشذرات الذهب : ٢٤٦/٣ .

(٢) المنتظم : ١٩٥/١٦ ، ومناقب الإمام أحمد بن حنبل : ٦٢٩ .

(٣) انظر : سير أعلام النبلاء : ٥٤٧/١٨ ، العبر : ٢٧٣/٣ ، والذيل على طبقات الحنابلة لابن
رجب : ٢٠/١ ، والمقصد الأرشد : ١٤٤/٢ وفيه أسماه «أبو القاسم بن بشر» ، والمنهج
الأحمد : ٣٨٩/٢ ، وشذرات الذهب : ٣٠٣/٥ .

٢- أبو الحسين بن الحراني^(١) (٣٦١-٤٣٨هـ)

هو : محمد بن الحسين بن أبي سليمان محمد بن الحسين بن علي بن إبراهيم، أبو الحسين الحراني الشاهد.

ولد في شوال من سنة إحدى وستين وثلاثمائة.

سمع أبا بكر بن مالك القطيعي ، وأبا محمد بن ماسي ، والحسن بن أحمد ابن حماد بن سفيان ، وعلي بن عبد الرحمن البكائي الكوفي.
قال الخطيب البغدادي : «كُتبت عنه، وكان صدوقاً».

ومات في صفر سنة ثمان وثلاثين وأربعمائة ، ودفن بباب حرب.

وانفرد الإمام الذهبي في سير أعلام النبلاء بعدّه من شيوخ أبي جعفر، وذلك بقوله : «وسمع أبا القاسم بن بشران، وأبا الحسين بن الحراني...»^(٢)

٣- أبو محمد الخلال^(٣) (٣٥٢-٤٣٩هـ) :

الحسن بن أبي طالب محمد بن الحسن بن علي، البغدادي الخلال ، أبو محمد ، الإمام الحافظ ، محدث العراق.

ولد سنة اثنتين وخمسين وثلاثمائة.

سمع أبا بكر القطيعي ، وأبا بكر الوراق ، وأبا سعيد السيرافي ، وأبا بكر بن شاذان ، وأبا الحسن الدارقطني ؛ وغيرهم كثير. وحدث عنه : الخطيب ، وجعفر بن أحمد السراج ، والمبارك بن عبد الجبار الصيرفي، وأحمد بن عبد الجبار الصيرفي ، وعلي بن عبد الواحد الدينوري ؛ وآخرون.

(١) ترجمته في تاريخ بغداد : ٢٥٤/٢ ، والمنتظم لابن الجوزي : ٣٠٧/١٥ .

(٢) سير أعلام النبلاء : ٥٤٦/١٨ .

(٣) ترجمته في : تاريخ بغداد : ٤٢٥/٧ ، والأنساب : ٢١٨/٥ ، والمنتظم : ٣٠٩/١٥ ، وسير أعلام النبلاء : ٥٩٣/١٧ ، واللباب : ٤٧٣/١ ، وتذكرة الحفاظ : ١١٠٩/٣ ، والعبر : ١٨٩/٣ ، ودول الإسلام : ٢٥٨/١ ، وغاية النهاية : ٢٣١/١ ، وشذرات الذهب : ٢٦٢/٣ .

قال الخطيب : «كتبنا عنه ، وكان ثقة ، له معرفة ، وتنبه ، وخرج المسند على الصحيحين ، وجمع أبواباً وتراجم كثيرة».

ومات في جمادى الأولى سنة تسع وثلاثين وأربعمائة.

وقد نصت المصادر على سماعه من أبي محمد الخلال^(١).

٤- ابن المذهب^(٢) (٣٥٥-٤٤٤هـ) :

هو : الحسن بن علي بن محمد بن علي بن أحمد بن وهب التميمي ، البغدادي ، الواعظ ، أبو علي.

الإمام العالم ، مسند العراق ، مولده في سنة خمس وخمسين وثلاثمائة.

سمع من أبي بكر القطيعي ، وأبي محمد بن ماسي ، وأبي سعيد الحرفي ، وأبي الحسن بن لؤلؤ الوراق ، وأبي بكر بن شاذان ، وطائفة كثيرة.

حدث عنه : الخطيب ، وابن خيرون ، وابن مأكولا ، والحسين بن الطيوري ،

وأبو غالب الشهرزوري ، وأبو المعالي بن البخاري ، وآخرون.

ومات في ربيع الآخر سنة أربع وأربعين وأربعمائة.

عدّ الحافظ أبو الفرج ابن الجوزي ابن المذهب من شيوخ الشريف أبي

جعفر ، وذلك بقوله : «سمع الحديث الكثير من ... وابن المذهب»^(٣).

(١) انظر: المنتظم: ١٩٥/١٦ ، مناقب الإمام أحمد: ٦٢٩ ، وسير أعلام النبلاء: ٥٤٦/١٨ ، والذيل على طبقات الحنابلة: ٢٠/١ ، والمقصد الأرشد: ١٤٤/٢ ، والمنهج الأحمد: ٣٨٩/٢ .

(٢) ترجمته في: تاريخ بغداد: ٣٩٠/٧ ، والمنتظم: ٣٣٦/١٥ ، وسير أعلام النبلاء: ٦٤٠/١٧ ، والكامل في التاريخ: ٥٩٢/٩ ، واللباب: ١٨٧/٣ ، والعبر: ٢٠٥/٣ ، ودول الإسلام: ٢٦١/١ ، وميزان الاعتدال: ٥١٠/١ ، والوافي بالوفيات: ١٢١/١٢ ، والبداية والنهاية: ٦٣/١٢ ، ولسان الميزان: ٢٣٦/٢ ، والنجوم الزاهرة: ٥٣/٥ ، وشذرات الذهب: ٢٧١/٣ .

(٣) مناقب الإمام أحمد بن حنبل : ص ٦٢٩ .

٥- أبو إسحاق البرمكي^(١) (٣٦١-٤٤٥هـ) :

هو : إبراهيم بن عمر بن أحمد بن إبراهيم بن إسماعيل، أبو إسحاق البرمكي. ولد في رمضان سنة إحدى وستين وثلاثمائة.

كان ناسكاً، زاهداً، فقيهاً، مفتياً، قيماً بالفرائض وغيرها.

حدث عن أبي بكر بن بخيت ، وابن مالك القطيعي ، وابن ماسي، وله إجازة من أبي بكر عبدالعزيز ، وصحب ابن بطة العكبري ، وابن حامد صاحب «تهذيب الأجوبة»، وعلق عنهما .

قال القاضي أبو الحسين : «وحدثني عنه جماعة منهم : شيخنا الشريف أبو جعفر القاضي»^(٢) ، وكانت له حلقه بجامع المنصور .

توفي في ذي الحجة سنة خمس وأربعين وأربعمائة ، ودفن في مقبرة الإمام أحمد .

قال ابن الجوزي : «سمع ... وأبا إسحاق البرمكي»^(٣) ، ونقل ابن رجب عن ابن الجوزي ذلك.^(٤)

٦- أبو طالب العُشَارِي^(٥) (٣٦٦-٤٥١هـ) :

هو : محمد بن علي بن الفتح بن محمد بن الفتح العُشَارِيّ، أبو طالب، مولده سنة ست وستين وثلاثمائة.

(١) ترجمته في : تاريخ بغداد: ١٣٩/٦ ، وطبقات الحنابلة: ١٩٠/٢ ، والأنساب: ٣٢٩/١ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٢٧ ، وسير أعلام النبلاء: ٦٠٥/١٧ ، والعبر: ٢١٠/٣ ، والوافي بالوفيات: ٧٣١٦ ، والمنهج الأحمد: ٣٤٩/٢ ، وشذرات الذهب: ١٩٧/٥ .

(٢) طبقات الحنابلة : ١٩٠/٢ .

(٣) المنتظم: ١٩٥/١٦ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٢٩ .

(٤) الذيل علي طبقات الحنابلة : ٢٠/١ .

(٥) ترجمته في: تاريخ بغداد: ١٠٧/٣ ، وطبقات الحنابلة: ١٩١/٢ ، وسير أعلام النبلاء: ٤٨/١٨ ، والمقصد الأرشد: ٤٦٩/٢ ، والمنهج الأحمد: ٣٥١/٢ ، وشذرات الذهب: ٢٢٣/٥ .

حدث عن جماعة منهم : أبو بكر محمد بن يوسف العلاف، وأبو بكر محمد بن أحمد اللؤلؤي ، وأبو بكر محمد بن غيلان السمسار، والدارقطني، والمخلص. وكان من الزهاد ، وصحب أبا عبد الله بن بطة العكبري ، وأبا حفص البرمكي ، وأبا عبد الله بن حامد.

وتوفي سنة إحدى وخمسين وأربعمائة ، ودفن بمقبرة الإمام أحمد. قال ابن الجوزي : « سمع ... وأبا طالب العشاري »^(١) ؛ ونقل ابن رجب ما قاله ابن الجوزي في الذيل على الطبقات.^(٢)

٧- أبو يعلى^(٣) (٣٨٠-٤٥٨هـ) :

هو : محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء، القاضي الكبير ، أبو يعلى ، إمام الحنابلة. مولده في المحرم سنة ثمانين وثلاثمائة. وعنه انتشر مذهب الإمام أحمد، وكان له في الأصول والفروع القدم العالي، سمع الحديث الكثير، وحدث عن أبي القاسم بن حبابه ، وأول ما سمع من أبي الطيب بن علي بن معروف البزار ، وعلي بن عمر الحربي ، وأملى الحديث، وهو آخر من حدث عن أبي القاسم موسى السراج، وسمع من الكثير بمكة ، ودمشق ، وحلب.

وسمع منه الحديث الكثير منهم : أحمد بن علي بن ثابت ، وهبة الله بن عبد الوارث الشيرازي ، وأبو بكر المقدسي ، وأبو منصور بن الأنباري، ومحمد بن عماره العكبري ، وغير ذلك الكثير.

(١) المنتظم: ١٩٥/١٦ ، ومناقب الإمام أحمد: ٦٢٩.

(٢) الذيل على طبقات الحنابلة: ٢٠/١.

(٣) مصادر ترجمته في: تاريخ بغداد: ٢٥٦/٢ ، وطبقات الحنابلة: ١٩٣/٢ ، ومناقب الإمام أحمد: ٦٢٧ ، والمنتظم: ٩٨/١٦ ، وسير أعلام النبلاء: ٨٩/١٨ ، والعبر: ٢٤٥/٣ ، والوفاء بالوفيات: ٧/٣ ، والمقصد الأرشد: ٣٩٥/٢ ، والمنهج الأحمد: ٣٩٥/٢ ، وشذرات الذهب: ٢٥٢/٥.

وممن تفقه عليه : أبو الحسن البغدادي ، والشريف أبو جعفر ، وأبو علي ابن البناء ، وأبو الوفاء بن القواس ، وعلي بن عمر الضرير الحراني ، وأبو عبد الله الأنماطي ، وأبو محمد شافع بن صالح ، وأبو الوفاء بن عقيل ، وغيرهم الكثير . وبلغت مصنفاته العدد الكثير ، ولعل أشهرها : العدة في أصول الفقه ، ومختصره ، والكفاية ، ومختصره ، والأحكام السلطانية والمجرد ، وشرح الخرقى ، والروايتين والوجهين ، وشرح المذهب ، والخلاف الكبير ، وغير ذلك الكثير .

وتوفي في رمضان سنة ثمان وخمسين وأربعمائة ، وصلى عليه ولده أبو القاسم بجامع المنصور .

أجمعت المصادر التي ترجمت للشريف أبي جعفر أن أبا يعلى شيخه في الفقه ، وذلك بقولهم : « تفقه على القاضي أبي يعلى » ، كما ذكر الإمام الذهبي^(١) أن الشريف أبا جعفر أكبر تلامذة القاضي أبي يعلى .

كما أورد ابن رجب كلام القاضي أبو الحسين - ابن أبي يعلى - عن تلقي الشريف أبي جعفر الفقه عن أبيه ، بقوله : « بدأ يدرس الفقه على الوالد من سنة ثمان وعشرين وأربعمائة إلى سنة إحدى وخمسين ، يقصد إلى مجلسه ، ويعلق ، ويعيد الدرس في الفروع وأصول الفقه ، وبرع في المذهب ، ودرس وأفتى في حياة الوالد » .^(٢)

(١) سير أعلام النبلاء : ٤٥٦/١٨ .

(٢) الذيل على طبقات الحنابلة : ٢١/١ ، وانظر : المنتظم : ١٩٥/١٦ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٢٩ ، والبداية والنهاية : ١١٩/١٢ ، والنجوم الزاهرة : ١٠٦/٥ ، والمقصد الأرشد : ١٤٤/٢ ، والمنهج الأحمد : ٣٨٩/٢ .

• تلاميدُه:

(١) الحلواني^(١) (٤٣٩-٥٠٥هـ) :

هو : محمد بن علي بن محمد بن عثمان ، ابن المَرَّاق الحَلْوَانِي ، أبو الفتح الفقيه الزاهد . ولد سنة تسع وثلاثين وأربعمئة ، وسمع الحديث من جماعة ، وصحب القاضي أبا يعلى مدة يسيرة ، ثم تفقه على صاحبيه الفقيهين : أبي علي يعقوب ، وأبي جعفر الشريف ، ودرّس ، وحدث ، وكان ذا زهادة وعبادة ، مشهوراً بالورع والدين ؛ له مصنفات في الفقه وأصوله منها : كفاية المبتدي ، ومختصر العبادات ، وكتاب في أصول الفقه في مجلدين .

توفي يوم الجمعة ، يوم عيد النحر ، سنة خمس وخمسمئة ، ودفن بمقبرة باب حرب .

قال ابن الجوزي في ترجمة الحلواني : « وتفقه على الشريف أبي جعفر » .^(٢)

وقال ابن رجب : « ثم تفقه على صاحبيه الفقيهين : أبي علي يعقوب ، وأبي جعفر الشريف » .^(٣)

قال ابن مفلح : « وتفقه عليه جماعة : الحَلْوَانِي ... » .^(٤)

وقال العليمي : « وقد تفقه عليه طائفة من أكابر المذهب كالحلواني... » .^(٥)

ونقل ابن العماد الحنبلي^(٦) قول العليمي ، كما ذكر ذلك العليمي في ترجمة الحلواني .

(١) ترجمته في : طبقات الحنابلة: ٢٥٧/٢ ، والمنتظم: ١٢٧/١٧ ، ومناقب الإمام أحمد: ٢٣٤ والوافي بالوفيات: ١٤٩/٤ ، وذيل طبقات الحنابلة: ١٣١/١ ، والمقصد الأرشد: ٤٧٢/٢ ، والمنهج الأحمد: ٤٦/٣ .

(٢) المنتظم: ١٢٧/١٧ .

(٣) ذيل طبقات الحنابلة: ١٣١/١ .

(٤) المقصد الأرشد: ١٤٥/٢ .

(٥) المنهج الأحمد: ٣٩١/٢ ، ٤٦/٣ .

(٦) شذرات الذهب: ٣٠٣/٥ .

(٢) ابن المخرمي^(١) (٤٤٦-٥١٣هـ) :

هو : المبارك بن علي بن الحسين بن بندار البغدادي، المخرمي، الفقيه، القاضي ، أبو سعد ؛ قاضي باب الأزج.

ولد في رجب ، سنة ست وأربعين وأربعمائة ؛ وسمع الحديث من القاضي أبي يعلى وغيره، ثم تفقه على صاحبه الشريف أبي جعفر، ثم القاضي يعقوب البرزبيني، وأفتى ، ودرس ، وناظر، وجمع كتباً كثيرة، وشهد عند أبي الحسن الدامغاني في سنة تسع وثمانين ، ثم ناب في القضاء.

وكان حسن السيرة ، وبنى مدرسة بباب الأزج ، ثم عزل عن القضاء في سنة إحدى عشرة وخمسمائة ، وله مع ابن عقيل مناظرة في مسألة بيع الوقف إذا خرب وتعطل ؛ وتوفي في المحرم ، سنة ثلاث عشرة وخمسمائة ، ودفن إلى جانب أبي بكر الخلال .

انفرد العليمي بعد ابن المخرمي من تلامذة الشريف أبي جعفر وذلك بقوله : «وقد تفقه عليه طائفة من أكابر المذهب ك ... وابن المخرمي ... » ، وفي ترجمة المخرمي قال : « ثم تفقه على صاحبه الشريف أبي جعفر ».^(٢)

(٣) القاضي أبو الحسين^(٣) (٤٥١-٥٢٦هـ) :

هو : محمد بن محمد بن الحسين بن محمد ، ابن الفراء ، القاضي ، الشهيد ، أبو الحسين، ابن شيخ المذهب ، القاضي الكبير أبي يعلى.

(١) ترجمته في : طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى: ٢/٢٥٨، والمنتظم: ١٧/١٨٣، ومناقب الإمام أحمد: ٦٣٥، وسير أعلام النبلاء: ١٩/٤٢٨، والعبر: ٤/٣٩، والبداية والنهاية: ١٢/١٨٥، وذيل طبقات الحنابلة: ١/١٦٦، والمقصد الأرشد: ٣/١٦، والمنهج الأحمد: ٣/٧٦، وشذرات الذهب: ٦/٦٦.

(٢) المنهج الأحمد: ٢/٣٩١، ٣/٧٦.

(٣) ترجمته في : المنتظم: ١٧/٢٧٤، ومناقب الإمام أحمد: ٦٣٧، والكمال في التاريخ: ١٠/٦٨٣، وسير أعلام النبلاء: ١٩/٦٠١، والعبر: ٤/٦٩، والوافي بالوفيات: ١/١٥٩، وذيل طبقات الحنابلة: ١/٢١٢، والمقصد الأرشد: ٢/٤٩٩، والمنهج الأحمد: ٣/١٠٦، وشذرات الذهب: ٦/١٣٠.

ولد ليلة نصف شعبان ، سنة إحدى وخمسين وأربعمائة.

قرأ ببعض الروايات على أبي بكر الخياط ، وسمع الحديث من أبيه وغيره ،
يرع في الفقه ، وأفتى وناظر ، وكان عارفاً بالمذهب ، وله تصانيف كثيرة في
الأصول والفروع وغير ذلك ، منها : المجموع في الفروع ، ورؤوس المسائل ،
والمفردات في الفقه ، والتمام لكتاب الروايتين والوجهين الذي لأبيه ، وطبقات
الأصحاب ، وغير ذلك الكثير .

وكان له بيت في داره بباب المراتب يبيت فيه وحده ، فعلم بعض من كان
يخدمه ويتردد إليه بأن له مالا ، فدخلوا عليه ليلاً ، وأخذوا المال وقتلوه ليلة
الجمعة ، ليلة عاشوراء ، سنة ست وعشرين وخمسائة ، ودفن عند أبيه
بمقبرة باب حرب .

قال ابن رجب : «توفى والده وهو صغير ، فتفقه على الشريف أبي
جعفر» .^(١)

قال ابن مفلح : « وتفقه عليه جماعة والقاضي أبو الحسين » .^(٢)

وقال العليمي : « وقد تفقه عليه طائفة من أكابر المذهب ك ... والقاضي أبي
الحسين »^(٣) ، ومثله قال ابن العماد الحنبلي .^(٤)

(٤) أبو بكر الأنصاري^(٥) (٤٤٢-٥٣٥هـ) :

هو : محمد بن عبد الباقي بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن بن

(١) ذيل طبقات الحنابلة : ٢١٢/١ .

(٢) المقصد الأرشد : ١٤٥/٢ .

(٣) المنهج الأحمد : ٣٩١/٢ .

(٤) شذرات الذهب : ٣٠٣/٥ .

(٥) ترجمته في : المنتظم : ١٣/١٨ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٣٦ ، والكامل في التاريخ :
٨٠/١١ ، وسير أعلام النبلاء : ٢٣/٢٠ ، والعبر : ٩٦/٤ ، والبداية والنهاية : ٢١٧/١٢ ، وذيل
طبقات الحنابلة : ٢٣٠/١ ، والمقصد الأرشد : ٤٤٣/٢ ، والمنهج الأحمد : ١٢٠/٣ ، والنجوم
الزاهرة : ٢٦٧/٥ ، وشذرات الذهب : ١٧٧/٦ .

الربيع بن ثابت بن وهب بن مشجعة بن الحارث بن عبد الله بن كعب بن مالك - أحد الثلاثة الذين خُلّفوا ثم تاب الله عليهم - ، الأنصاري، الكعبي، البغدادي، البصري، البزار الفرضي، القاضي أبو بكر بن أبي طاهر، ويعرف بقاضي المارستان.

ولد في شهر صفر سنة اثنتين وأربعين وأربعمائة، وحفظ القرآن، وهو ابن سبع سنين، وحضر على أبي إسحاق البرمكي، وسمع من أخيه أبي الحسن علي، والقاضي أبي الطيب الطبري، وأبي طالب العشاري، وأبي الحسن الباقلائي، وأبي علي بن غالب، وأبي الحسن بن أبي طالب المكي، وسمع من خلق آخرين بمكة ومصر، وتفقه على القاضي أبي يعلى، وشهد عند قاضي القضاة أبي الحسن بن الدامغانى، وتفنن في علوم كثيرة.

قال عن نفسه : «ما ضيعت ساعة من عمري في لهو أو لعب، وقال أيضاً: أسرتني الروم، وبقيت في الأسر سنة ونصفاً».

توفي في رجب سنة خمس وثلاثين وخمسمائة، وصلى عليه بجامع المنصور، ودفن في مقبرة باب حرب.

قال الإمام الذهبي : «حدث عنه : أبو بكر الأنصاري وغيره».(١)

• ثناء العلماء عليه :

لا يخلو إنسان من صديق وعدو، ومادح وقادح، ويقاس بالغالبية من الطرفين، إذا خلا من حسد، أو بغض، أو عداوة.

والشريف أبو جعفر العباسي - رحمه الله تعالى - أثنى عليه عامة العلماء، ما خلا بعض الأشعرية والمعتزلة.

(١) سير أعلام النبلاء : ٥٤٦/١٨.

أما الذين أثنوا عليه فهم كثيرون ، ومن مختلف المذاهب ، وفيهم الحفاظ والمحدثون والعلماء والفقهاء الكبار والمؤرخون وأصحاب التراجم . ويمكن القول بأن عامة العلماء قد اتفقت كلمتهم على مدحه والثناء عليه عدا خصومه .

* قال القاضي أبو الحسين : « كان مختصر الكلام ، مليح التدريس ، جيد الكلام في المناظرة ، عالماً بالفرائض ، وأحكام القرآن والأصول »^(١)

* وقال ابن الجوزي : « كان عالماً فقيهاً مصنفاً ديناً ورعاً عفيفاً زاهداً ، قوولاً بالحق لا يحابي أحداً ، ولا تأخذه في الله لومة لائم »^(٢)

* قال السمعاني : « كان حسن الكلام في المناظرة ، ورعاً زاهداً ، متقناً ، عالماً بأحكام القرآن والفرائض »^(٣)

* وقال ابن النجار : « كان منقطعاً إلى العبادة وخشونة العيش والصلابة في مذهبه »^(٤)

* وقال الذهبي : « كان ورعاً زاهداً ، علامة كثير الفنون ، رأساً في الفقه ، شديداً على المبتدعة ، نافذ الكلمة »^(٥)

* وقال ابن كثير : « كان أحد الفقهاء العلماء ، العباد الزهاد ، المشهورين بالديانة والفضل ، والعبادة ، والقيام في الله بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لا تأخذه في الله لومة لائم »^(٦)

(١) طبقات الحنابلة : ٢/٢٣٧ .

(٢) المنتظم : ١٦/١٩٥ ، ومناقب الإمام أحمد بن حنبل : ٦٢٩ .

(٣) سير أعلام النبلاء : ١٨/٥٤٧ .

(٤) المرجع السابق : ص ٥٤٨ .

(٥) العبر من خبر من غير : ٣/٢٧٣ .

(٦) البداية والنهاية في التاريخ : ١٢/١١٩ .

- * وقال ابن عقيل : «كان يفوق الجماعة في مذهبه ، وغيرهم في علم الفرائض ، وكان عند الإمام - يعني الخليفة - معظماً»^(١)
- * وقال ابن رجب : «وكان معظماً عند الخاصة والعامة ، زاهداً في الدنيا إلى الغاية ، قائماً في إنكار المنكرات بيده ولسانه ، مجتهداً في ذلك»^(٢)
- * وقال ابن تغري بردي الأتابكي : «وكان صدوقاً ثقة زاهداً عابداً مصنفاً»^(٣)
- * وقال ابن مفلح : «وكان ، عالماً ، فقيهاً ، ورعاً ، عابداً ، زاهداً ، قوالاً بالحق ، لا تأخذه في الله لومة لائم»^(٤)
- * وقال العليمي : «كان عالماً ، فقيهاً ، ورعاً ، عابداً ، قوالاً بالحق ، لا يحابي ولا تأخذه في الله لومة لائم»^(٥)
- * «كان ورعاً ، وزاهداً ، علامة ، كثير الفنون ، رأساً في الفقه ، شديداً على المبتدعة ، نافذ الكلمة»^(٦)
- * وقال ابن العماد : «كان مختصر الكلام ، مليح التدريس ، جيد الكلام في المناظرة ، عالماً بالفرائض وأحكام القرآن والأصول ، له مقامات في منع البدع عند الخلفاء»^(٧)

(١) ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب : ٢٢/١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة : ١٠٦/٥ .

(٤) المقصد الأرشد : ١٤٤/٢ .

(٥) المنهج الأحمد : ٣٨٨/٢ .

(٦) شذرات الذهب : ٣٠٢/٥ .

(٧) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل : ٤١٥ .

• أعماله :

١- توليه التدريس :

تولى الشريف أبو جعفر التدريس في مسجد سكة الخرقى ، وبجامع المنصور ، ثم انتقل إلى الجانب الشرقي ، فدرس في المسجد المعروف به ، مقابل دار الخلافة .

قال القاضي أبو الحسين : «بدأت أنا بالتعليق عنه ، والدرس عليه في أول سنة خمس وستين وأربعمائة»^(١)

ثم انتقل في سنة ست وستين إلى باب الطاق ، وسكن درب الديوان من الرصافة لأجل ما لحق نهر المعلّى من الغرق ؛ ودرس بجامع المهدي ، وبالمسجد الذي على باب درب الديوان .

قال القاضي أبو الحسين : «وكننت أمضي إليه في طلب العلم إلى هناك أنا وجماعة من الأصحاب ، فكان له مجلس للنظر في كل يوم اثنين ، ويقصده جماعة من المخالفين ، ويتكلم في بعض الأوقات تارة مبتدئاً ، وتارة مستدلاً إلى سنة تسع وستين»^(٢)

وقال ابن مفلح : «وانتهى إليه في وقته الرحلة لطلب مذهب الإمام أحمد»^(٣)

٢- تصديه للفتوى :

قال القاضي أبو الحسين : «وبرع في المذهب ، ودرس وأفتى في حياة الوالد السعيد»^(٤)

(١) طبقات الحنابلة : ٢٣٨/٢ .

(٢) المرجع السابق ، وانظر : المنتظم : ١٩٥/١٥ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٢٩ ، والذيل على طبقات الحنابلة : ٢١/١ ، والمنهج الأحمد : ٣٨٩/٢ .

(٣) المقصد الأرشد : ١٤٥/٢ .

(٤) طبقات الحنابلة : ٢٣٧/٢ ، وانظر : الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب : ٢١/١ ، والمنهج الأحمد : ٣٩٠/٢ .

٣- الشهادة عند القاضي :

قال القاضي أبو الحسين : «وكان أحد الشهود المذكورين ، شهد عند قاضي القضاة : أبي علي عبد الله الدامغاني^(١) في يوم الثلاثاء الثاني من شهر ربيع الأول من سنة ثلاث وخمسين وأربعمائة ، وشهد بعده القاضي أبو علي يعقوب ، وأبو الحسن المبارك بن عمر الخرقى ، وتولى تركيتهم الوالد السعيد» .

ولم يزل يشهد سنين كثيرة ، إلى أن ترك الشهادة قبل وفاته بسنين كثيرة تورعاً^(٢)

وقال ابن كثير : «وزكاه شيخه عند ابن الدامغاني فقبله ، ثم ترك الشهادة بعد ذلك»^(٣)

والشهادة هنا تعد مهمة قضائية ، فقد أطلق الفقهاء على من يبعث إليه للتحري عن الشهود (المزكى) وهو في الحقيقة يزكى ويجرح ؛ كما يطلقون عليه بالإضافة إلى الشاهد والمزكى «المعدل» ، ويسمون أيضاً «أصحاب المسائل» ؛ والتزكية نوعان : تزكية السر ، وتزكية العلانية .

فتزكية السر: ينبغي للقاضي أن يختار للمسألة من الشهود من هو أوثق الناس وأورعهم ديانة، وأعظمهم دراية، وأكثرهم خبرة، وأعلمهم بالتمييز فطنة، فيؤليه البحث عن أحوال الشهود، لأن القاضي مأمور بالتفحص عن العدالة، فيجب عليه المبالغة في الاحتياط فيه.

(١) هو القاضي: أبو عبد الله، محمد بن علي بن محمد بن حسن بن عبد الوهاب بن حسويه الدامغاني الحنفي، تولى القضاء بعد ابن مأكولا سنة ٤٤٧هـ، وتوفي سنة ٤٧٨هـ. انظر ترجمته في: تاريخ بغداد: ١٠٩/٣، والمنتظم: ٢٤٩/١٦، وسير أعلام النبلاء: ٤٨٥/١٨.

(٢) طبقات الحنابلة: ٢٣٨/٢، وانظر: المنتظم: ١٩٥/١٥، ومناقب الإمام أحمد: ٦٢٩، والذيل على طبقات الحنابلة: ٢١/١، والنجوم الزاهرة: ١٠٦/٥، والمقصد الأرشد: ١٤٤/٢، والمنهج الأحمد: ٣٨٩/٢.

(٣) البداية والنهاية: ١١٩/١٢.

أما تزكية العلانية : فتكون بعد تزكية السر، وكيفيةها: أن يحضر القاضي المزكي بعدما زكى، ليزكي الشهود أمامه.

وقال المالكية : مما لا يعذر فيه مزكي السر، وهو من يخبر القاضي في السر بحال الشهود من عدالة أو جرح.^(١)

• مصنفاته :

للشريف أبي جعفر تصانيف عدة منها:

١- رؤوس المسائل^(٢) ، وهو كتاب في علم الخلاف، وقد يسر الله لي إخراجَه وتحقيقه تحقيقاً علمياً.

٢- شرح المذهب، وقد وصل فيه إلى أثناء اصلافة، وسلك في تأليفه مسلك القاضي في الجامع الكبير.^(٣)

٣- وله جزء في أدب الفقه.^(٤)

٤- فضائل أحمد وترجيح مذهبه.^(٥)

• مرضه :

مرض الشريف أبي جعفر مرضاً أثر في رجليه فانتفختا، ويقال أن بعض من أعدائه ترك له في مداسه سماً^(٦) ؛ وذلك في أثناء سجنه بدار الخلافة.

(١) الموسوعة الفقهية (نشر : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - بدولة الكويت) : ٢٣٩/١١ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٩ .

(٢) طبقات الحنابلة للقاضي أبو الحسين : ٢٣٧/٢ ، والذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب : ٢٢/١ ، والمنهج الأحمد للعليمي : ٣٩٠/٢ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) المنتظم لابن الجوزي : ١٨٣/١٦ ، وانظر : الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب : ٢٨/١ .

التعريف بالمؤلف

• وصيته :

قال ابن الجوزي : « قرأت بخط أبي علي بن البناء ، قال : جاءت رقعة بخط الشريف أبي جعفر ووصيته إلى الشيخ أبي عبد الله بن جرادة فكتبتها ، وهذه نسختها : « مالي - يشهد الله - سوى الدلو والحبل أو شيء يخفى علي لا قدر الله ، والشيخ أبو عبد الله ، لئن راعاكم بعدي وإلا فالله لكم ، قال الله عز وجل : « وليخشى الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله » ^(١) ومذهبي الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، وما عليه مالك وأحمد والشافعي ، وغيرهم ممن يكثر ذكرهم ، والصلاة بجامع المنصور إن سهل ذلك عليهم ، ولا يُقعد لي عزاء ، ولا يشق عليّ جيب ، ولا يُلطم خد ، فمن فعل ذلك فالله حسيبه » ^(٢) .

• وفاته :

توفي الشريف أبي جعفر ليلة الخميس للنصف من صفر ، وتولى غسله أبو سعيد البرداني ^(٣) ، وابن الفتى ^(٤) ، لأنه أوصى إليه بذلك ، وكان قد خدماه طول مرضه ، وصلي عليه يوم الجمعة بجامع المنصور ، فازدحم الناس ، وكان يوماً مشهوداً لم ير مثله ، وكانت العوام تقول : « ترحموا على الشريف الشهيد القليل المسموم » . ودفن إلى جانب قبر الإمام أحمد بن حنبل ^(٥) .

(١) سورة النساء : آية : ٩ .

(٢) المنتظم : ١٩٦/١٦ ، وذيل طبقات الحنابلة لابن رجب : ٢٩/١ .

(٣) هو : محمد بن الحسن بن أحمد بن محمد بن أحمد بن الحسن البرداني ، الحنبلي الفقيه ، الزاهد ، أبو سعيد ، أحد الفقهاء ، توفي سنة ٤٩٦ هـ . أخباره في : المنتظم : ٨٢/١٧ ، وذيل طبقات الحنابلة : ٩٣/١ ، والمقصد الأرشد : ٣٩٣/٢ ، والمنهج الأحمد : ٣١/٣ .

(٤) هو : الحسن بن سلمان بن عبد الله أبي طالب بن محمد النهرواني ، الأصبهاني ، واعظ وفقه . توفي سنة ٤٣٩ هـ . أخباره في : سير أعلام النبلاء : ٦١١/١٩ .

(٥) طبقات الحنابلة : ٢٤١/٢ ، والمنتظم : ١٩٦/١٦ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٣٠ ، وسير أعلام النبلاء : ٥٤٨/١٨ ، وذيل طبقات الحنابلة : ٩٢/١ ، والمقصد الأرشد : ١٤٥/٢ - ١٤٦ ، والمنهج الأحمد : ٣٩٥/٢ .

دراسة الكتاب

كتاب رؤوس المسائل لأبي جعفر عبد الخالق الهاشمي - رحمه الله -
كتاب في الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله - .

وعلم الخلاف ؛ هو : «علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية ، ودفع
الشبه وقوادح الأدلة الخلافية ، بإيراد البراهين القطعية .

وهو الجدل الذي هو قسم من أقسام المنطق، إلا أنه خُصَّ بالمقاصد الدينية
وقد يعرف بأنه علم يقتدر به على حفظ أي وضع ، وهدم أي وضع كان بقدر
الإمكان .

ولهذا قيل : الجدلي إما مجيب يحفظ وضعاً ، أو سائل يهدم وضعاً». هكذا
عرفه ابن بدران^(١).

وعلم الخلاف : هو الجدل الواقع بين أصحاب المذاهب الفرعية كأبي حنيفة
والشافعي وأمثالهما^(٢).

والفرق بين الجدل الواقع بين أصحاب المذاهب الفرعية كأبي حنيفة
والشافعي وغيرهما ، وبين علم الخلاف ، أن البحث في الجدل بحسب المادة ، وفي
الخلاف بحسب الصورة^(٣).

وكتب الخلاف على صنفين:

صنف في الخلاف في المذهب ، مثل :

(١) المدخل : ٤٥٠ .

(٢) مفتاح السعادة لطاش كبرى ذاده : ٥٩٩/٢ .

(٣) أبجد العلوم للقنوجي : ٢٧٦/٢ .

* الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف :

لعلي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوي السعدي الصالحي
(ت ٨٨٥هـ). (١)

قال ابن بدران : « ثم لما انحطت الهمم عن طلب الدليل ، وغاض نهر
الاشتغال بالخلاف ، وأكب الناس على التقليد البحت ، وكادت كتب المتقدمين
ومسالكهم تذهب أدراج الرياح ، انتصب لنصرة هذا المذهب ، فوجد أهل
زمانه قد أكبوا على «المقنع» فألف عليه شبه شرح سماه «الإنصاف في معرفة
الراجح من الخلاف» ، وطريقته فيه أنه يذكر في المسألة أقوال الأصحاب ،
ثم يجعل المختار ما قاله الأكثر منهم ، سالكاً في ذلك مسلك ابن قاضي
عجلون في تصحيحه لمنهاج النووي وغيره من كتب التصحيح ، فصار كتابه
مغنياً للمقلد عن سائر كتب المذهب (٢).

* الروايتين والوجهين : وفيه يذكر الآراء المختلفة عن الإمام أحمد والترجيح بينها
للقاضي أبي يعلى (٣) (ت ٤٥٨هـ).

وصنف في الخلاف بين المذاهب الأربعة ، أو مع بعضها . وهذا
الكتاب الذي نحن بصدد دراسته والتقديم له من هذا الصنف .

وكتب الفقهاء الحنابلة في هذا الصنف كثيرة ، ومنها :

* الخلاف مع الشافعي :

لغلام الخلال ، عبدالعزيز بن جعفر بن أحمد بن يزيد بن معروف ، أبي

(١) ترجمته في : الضوء اللامع : ٢٢٢/٥ ، والجواهر المنضد : ٩٩ ، والمنهج الأحمد :

٢٩٠/٥ ، والشذرات : ٥١١/٩ ، والسحب الوابلة : ٧١٨/٢ .

(٢) المدخل : ٤٣٦ .

(٣) سبقت ترجمته ص .

بكر المعروف بـ غلام الخلال، المتوفى سنة (٣٦٣هـ).^(١)

* الخلاف بين أحمد ومالك:

لابن مسلم ، عمر بن إبراهيم بن عبد الله، أبي حفص العكبري، المتوفى سنة (٣٨٧هـ)^(٢)

* الخلاف الكبير: ويسمى «التعليق الكبير في المسائل الخلافية بين الأئمة».

للقاضي أبي يعلى (ت ٤٥٨هـ).

* رؤوس المسائل في الفقه:

للشريف أبي جعفر (ت ٤٧٠هـ). وهو كتابنا الذي نقوم بتحقيقه وإخراجه.

* التعليقة في الفقه:

ليعقوب بن إبراهيم بن أحمد بن سطور العكبري، البرزبيني^(٣)، القاضي

أبو علي - قاضي باب الأزج ، وهذه التعليقة ملخصة من تعليق شيخه القاضي أبي يعلى، توفي سنة (٤٨٦هـ).

* الانتصار في المسائل الكبار:

ويسمى الخلاف الكبير، وطريقته فيه أفراد المسائل الكبار من الخلاف

(١) ترجمته في : تاريخ بغداد : ٤٥٩/١٠ ، وطبقات الحنابلة : ١١٩/٢ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٢٢ ، وسير أعلام النبلاء : ١٤٣/١٦ ، والعبر : ٣٣٦/٢ ، والوافي بالوفيات : ٤٦٩/١٨ ، والمقصد الأرشد : ١٢٦/٢ ، والمنهج الأحمد : ٢٧٤/٢ ، وشذرات الذهب : ٣٣٥/٤ .

(٢) ترجمته في : طبقات الحنابلة : ١٦٣/٢ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٢٥ ، والوافي بالوفيات : ٤١٠/٢٢ ، والمقصد الأرشد : ٢٩١/٢ ، والمنهج الأحمد : ٣٠٠/٢ .

(٣) ترجمته في : طبقات الحنابلة لابن أبي يعلى : ٢٤٥/٢ ، والمنظم : ٩/١٧ ، ومناقب الإمام أحمد : ٦٣١ ، والكامل في التاريخ : ٢٢٧/١٠ ، وسير أعلام النبلاء : ٩٣/١٩ ، وذيل طبقات الحنابلة : ٧٣/١ ، والمقصد الأرشد : ١٢٠/٣ ، والمنهج الأحمد : ٥/٣ ، وشذرات الذهب : ٣٨٠/٥ .

بين الأئمة ، وينتصر فيه لمذهب الإمام أحمد ، مع ذكر ما استدل به أصحاب كل إمام لنصرة إمامه وهدمه.

* رؤوس المسائل:

ويسمى: الخلاف الصغير:

وهما لأبي الخطاب ، محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوثاني^(١) ، البغدادي ، الأزجي ، الحنبلي ، المتوفى سنة (٥١٠ هـ).

* رؤوس المسائل:

* التمام لكتاب الراويتين والوجهين:

وهما لمحمد بن محمد بن الحسين بن محمد ، ابن الفراء ، القاضي الشهيد ، أبو الحسين ، ابن شيخ المذهب القاضي الكبير أبي يعلى ، المتوفى سنة ٥٢٦ هـ.^(٢)

وكتاب الراويتين لوالده أبو يعلى المتوفى سنة (٤٥٨ هـ)، وقد أتمه ولده المذكور.

* الخلاف الكبير:

لعلي بن عبيد الله بن نصر بن السري ، ابن الزاغوني ، البغدادي ، الفقيه ، المحدث ، الواعظ ، أبو الحسن ، المتوفى سنة (٥٢٧ هـ)^(٣)

(١) ترجمته في: طبقات الحنابلة: ٢/٢٥٨، والمنتظم: ١٧/١٥٢، ومناقب الإمام أحمد: ٦٣٥، وسير أعلام النبلاء: ١٩/٣٤٨، والبداية والنهاية: ١٢/١٨٠، وذيل طبقات الحنابلة: ١١٦/١، والمقصد الأرشد: ٣/٢٠، والمنهج الأحمد: ٣/٥٧، وشذرات الذهب: ٦/٤٥٠.
(٢) سبقت ترجمته ص ٢٤.

(٣) ترجمته في: المنتظم: ١٧/٢٧٨، ومناقب الإمام أحمد: ٦٣٧، وسير أعلام النبلاء: ١٩/٦٠٥، والعبر: ٤/٧٢، والبداية والنهاية: ١٢/٣٠٥، وذيل طبقات الحنابلة: ١/١٨٠، والمقصد الأرشد: ٢/٢٣٢، والمنهج الأحمد: ٣/١٠٩، وشذرات الذهب: ٦/١٣٣.

* رؤوس المسائل:

* التبصرة في الخلاف:

وهما لأبي خازم ، محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد ، ابن الفراء ، الفقيه الزاهد ، ابن القاضي الإمام أبي يعلى ، وأخو الإمام أبي الحسين المتقدم ، توفي سنة (٥٢٧ هـ) ^(١)

* تعلية في مسائل الخلاف:

لعبد الرحمن بن محمد بن علي بن محمد الحلواني ، الفقيه ، الإمام ، أبو محمد بن أبي الفتح ، المتوفى سنة (٥٤٦ هـ) ^(٢)

* التعليقة في مسائل الخلاف:

للقاضي أبو يعلى الصغير ، محمد بن محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء ، عماد الدين بن القاضي أبي خازم بن القاضي الكبير أبي يعلى ، المتوفى سنة (٥٦٠ هـ) ^(٣)

* الإفصاح عن معاني الصحاح:

للوزير ابن هبيرة ، يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعد بن الحسن بن أحمد بن الحسن بن الجهم بن عمر بن هبيرة ، الشيباني ، الوزير الكامل ،

(١) ترجمته في : المنتظم: ٢٨١/١٧ ، مناقب الإمام أحمد: ٦٣٧ ، وسير أعلام النبلاء: ٦٠٤/١٩ ، والعبر: ٧٣/٤ ، والوافي بالوفيات: ١٦٠/١ ، والبداية والنهاية: ٢٠٦/١٢ ، وذيل طبقات الحنابلة: ١٨٤/١ ، والمنهج الأحمد: ١١٢/٣ ، وشذرات الذهب: ١٣٥/٦ .

(٢) ترجمته في : المنتظم: ٨٢/١٨ ، وذيل طبقات الحنابلة: ٢٢١/١ ، والمنهج الأحمد: ١٤٣/٣ ، وشذرات الذهب: ٢٣٧/٦ .

(٣) ترجمته في : المنتظم: ١٦٥/١٨ ، مناقب الإمام أحمد: ٦٤١ ، والعبر: ١٧١/٤ ، وسير أعلام النبلاء: ٣٥٣/٢ ، وذيل طبقات الحنابلة: ٢٤٤/١ ، والمقصد الأرشد: ٥٠٠/٢ ، والمنهج الأحمد: ١٧٣/٣ ، وشذرات الذهب: ٣١٦/٦ .

عون الدين ، أبو المظفر المتوفى سنة (٥٦٠ هـ)^(١) ، وقد ذكر فيه مسائل الفقه المتفق عليها والمختلف فيها بين الأئمة الأربعة المشهورين.

* رؤوس المسائل :

لعلي بن محمد بن المبارك بن أحمد بن بكروس ، البغدادي ، الفقيه ، أبو الحسن المتوفى سنة (٥٧٦ هـ)^(٢)

* تعلية في الخلاف :

لنصر بن فتيان بن مطر النهاراوي ، ثم البغدادي ، أبو الفتح ، الفقيه ، المعروف بـ «ابن المنّي» ، المتوفى سنة (٥٨٣ هـ)^(٣)

* الإنصاف في مسائل الخلاف :

لعبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي بن عبد الله ، جمال الدين ، أبو الفرج ابن الجوزي ، الحافظ ، الفقيه ، المفسر ، الواعظ ، الأديب ، المتوفى سنة (٥٩٧ هـ)^(٤)

* التعليقة المشهورة في الخلاف :

لإسماعيل بن علي بن حسين البغدادي ، الأزجي ، المأموني ، المشهور

(١) ترجمته في: المنتظم: ١٦٦/١٨ ، وسير أعلام النبلاء: ٤٢٦/٢٠ ، والعبر: ١٧١/٤ ، والوافي بالوفيات: ٣٣١/٣ ، والبداية والنهاية: ٢٤٩/١٢ ، والمقصد الأرشد: ٤٢٢/٢ ، المنهج الأحمد: ١٧٧/٣ ، وشذرات الذهب: ٣١٦/٦ .

(٢) ترجمته في: المقصد الأرشد: ٢٥٥.٢ ، والمنهج الأحمد: ٢٨٤/٣ ، وشذرات الذهب: ٤٢٢/٦ .

(٣) ترجمته في: سير أعلام النبلاء: ١٣٧/٢١ ، والعبر: ٢٥١/٤ ، والبداية والنهاية: ٣٢٩/١٢ ، والمقصد الأرشد: ٦٢/٣ ، والمنهج الأحمد: ٢٩٤/٣ ، وشذرات الذهب: ٤٥٥/٦ .

(٤) ترجمته في: الكامل لابن الأثير: ٧١/١٢ ، والتقييد لابن نقطة: ٩٧/٢ ، ووفيات الأعيان: ١٤٠/٣ ، وسير أعلام النبلاء: ٣٦٥/٢١ ، والعبر: ٢٩٧/٤ ، وتذكرة الحفاظ: ١٣٤٢/٤ ، وذيل طبقات الحنابلة: ٣٩٩/١ ، وغاية النهاية: ٣٧٥/١ ، والنجوم الزاهرة: ١٧٤/٦ ، والمقصد الأرشد: ٩٣/٢ ، والمنهج الأحمد: ١١/٤ ، وشذرات الذهب: ٥٣٧/٦ .

بغلام ابن المني، ويعرف أيضاً بابن الوفاء، وبابن الماشطة، المتوفى سنة (٦١٠ هـ) ^(١)

* التعليق في مسائل الخلاف في الفقه :
* مذاهب الفقهاء :

وهما لأبي البقاء الضرير، عبد الله بن الحسين بن عبد الله بن الحسين العكبري ، البغدادي ، الأزجي ، محب الدين ، المتوفى سنة (٦١٦ هـ) ^(٢)
* المغني ، شرح مختصر الخرقى :

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي ^(٣) ، المتوفى سنة (٦٢٠ هـ) ؛ وهو كتاب في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل والخلاف بين العلماء.

* الوفاق والخلاف بين الأئمة الأربعة :
* مسائل خلاف في أصول الفقه :

وهما لسليمان بن عمر بن سالم بن المشبك الحراني ، توفي بعد سنة (٦٢٠ هـ) ^(٤)

(١) ترجمته في: سير أعلام النبلاء: ٢٢/٢٨، والعبر: ٥/٣٤، وذيل طبقات الحنابلة: ٢/٦٦، والمقصد الأرشد: ١/٢٦٨، والمنهج الأحمد: ٤/٩٧، وشذرات الذهب: ٧/٧٦.

(٢) ترجمته في: سير أعلام النبلاء: ٢٢/٩١، والعبر: ٥/٦١، والوافي بالوفيات: ١٧/١٣٩، ونكت الهميان: ١٨٧، وذيل طبقات الحنابلة: ٢/١٠٩، والنجوم الزاهرة: ٦/٢٤٦، والمقصد الأرشد: ٢/٣٠، والمنهج الأحمد: ٤/١٣٠، وشذرات الذهب: ٧/١٢١.

(٣) ترجمته في: سير أعلام النبلاء: ٢٢/١٦٥، والعبر: ٥/٧٩، والوافي بالوفيات: ١٧/٣٧، وفوات الوفيات: ٢/١٥٨، وذيل طبقات الحنابلة: ٢/١٣٣، وذيل التقييد: ٢/٢٧، والنجوم الزاهرة: ٦/٢٥٦، والمقصد الأرشد: ٢/١٥، والمنهج الأحمد: ٤/١٤٨، وشذرات الذهب: ٧/١٥٥.

(٤) ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة: ٢/١٧٨، والمقصد الأرشد: ١/٤٢٩، والمنهج الأحمد: ٤/١٩٤.

* تعلية في الخلاف:

لعبد الرحمن بن رزين بن عبد العزيز بن نصر بن عبيد بن علي، ابن أبي الجيش الغساني، سيف الدين أبو الفرج، المتوفى سنة (٦٥٦ هـ)^(١)

* مسائل الخلاف:

لعبد الجبار بن عبد الخالق بن محمد بن عكر العكبري، جلال الدين أبو محمد، الفقيه، الأصولي، الواعظ^(٢)، المتوفى سنة (٦٨١ هـ).

* طريقة في الخلاف:

لعبد الرحمن بن عمر بن أبي القاسم بن علي بن عثمان البصري، الضرير، الفقيه، الإمام نور الدين، أبو طالب^(٣)، المتوفى سنة (٦٨٤ هـ).

* رؤوس المسائل:

للحسن بن محمد العكبري، أبو المواهب^(٤)، لم يعرف تاريخ وفاته، قال ابن رجب: «روري عنه نصر المقدسي، ورواية نصر عنه تدل على تقدم وفاته».

ثم قال: «وقفت له على "رؤوس المسائل"، وهي منتخبة من الخلاف الكبير على طريق أبي جعفر وأبي الخطاب».

(١) ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة: ٢/٢٦٤، والمقصد الأرشد: ٢/٨٨، والمنهج الأحمد: ٢٨٠/٤.

(٢) ترجمته في: الوافي بالوفيات: ١٨٠/٤٧، وذيل طبقات الحنابلة: ٢/٣٠٠، والمقصد الأرشد: ١٦٥/٢، والمنهج الأحمد: ٤/٣١٥، وطبقات المفسرين للداودي: ٩/٢٦٣، وشذرات الذهب: ٧/٦٥٢.

(٣) ترجمته في: نكت الهميان: ١٨٩، وذيل طبقات الحنابلة: ٢/٣١٣، والمقصد الأرشد: ١٠١/٢، وطبقات المفسرين للداودي: ١/٢٨٣، والمنهج الأحمد: ٤/٣٢٧، وشذرات الذهب: ٧/٦٧٤.

(٤) ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة: ١/٢٠٦، والمنهج الأحمد: ٣/٣٠.

* عيون المسائل:

لأبي علي ابن شهاب العكبري ، لم تذكر سنة وفاته. (١)

• منهج المؤلف:

يستعرض المؤلف - رحمه الله - المسألة مبتدئاً برأي الحنابلة في المسألة ، وذكر الروايات عن الإمام أحمد، وأقوال الأصحاب، ثم يثني بذكر قول الأئمة الذين يوافق قولهم قول الحنابلة، ولا يلتزم ترتيباً معيناً في النقل عنهم ، لكنه ينقل على أبي حنيفة في الغالب ثم يليه بأقوال الشافعي ثم أقوال مالك ، أو أقوال مالك فالشافعي.

كما وقع بعض الخلل في ترتيب المسائل الفقهية حسب الأبواب والكتب ، ومثال ذلك إيراد مسألة حكم تارك الصلاة في نهاية كتاب الاستسقاء .. ويستدل للمسألة من الآيات ، والأحاديث ، وآثار الصحابة ، والتابعين ، عند الاحتياج لذلك .

عملنا في الكتاب :

- ١- قمت بكتابة نص الكتاب حسب قواعد الإملاء المتعارف عليها .
- ٢- قمت بوضع العلامات الإملائية الحديثة .
- ٣- حاولت قدر الإمكان إكمال النقص والسقط بما يتفق مع العبارات والكلمات الساقطة مستعيناً بمدونات الفقه في المذاهب.
- ٤- في بعض الأحيان أضطر إلى تصويب كلمة أو عبارة في المتن ليستقيم

(١) ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة: ٢٠٦/١.

- المعنى واضعاً العبارة الجديدة بين معكوفين ، وأنه عن ذلك في الهامش .
- ٥- عزوت الآيات القرآنية في الهامش بذكر السورة ورقم الآية .
- ٦- خرّجت جميع الأحاديث النبوية الشريفة ، وفق التخرّيج العلمي المعمول به .
- ٧- وردت بالمخطوطة ألفاظ مختصرة مثل : «لنا» ، ويقصد بها «دليلنا» ، حيث يورد اللفظين ، فقمت بتوحيدها في كامل الكتاب تحت لفظ «دليلنا» .
- ٨- أحياناً يعقب إيراد النبي أو الرسول بـ «صلى الله عليه وسلم» ، وأحياناً بـ «عليه السلام» ، ولأهمية إخراج الكتاب على نسق واحد فقد وحدتها بلفظ «ﷺ» .

- ٩- قمت بترقيم جميع مسائل الكتاب ترقيماً تسلسلياً .
- ١٠- قمت بالتعليق على جميع مسائل الكتاب بأقوال العلماء في المذاهب الأربعة مستشهداً بأدلتهم .

وصف النسخ الخطية:

يوجد سن كتاب رؤوس المسائل للشرّيف أبي جعفر عبد الخالق العباسي نسختين خطيتين، وقد اعتمدتهما في تحقيقي لهذا الكتاب:

- النسخة الأولى:

وهي مصورة النسخة الخطية الموجودة في المكتبة الظاهرية بدمشق تحت رقم (٢٧٤٤)، وتقع في ٢٧٢ ورقة ومسطرتها: ٢٩ سطراً، وبها كثير من البياض خاصة في طرفها الأيسر نتيجة خلل في تصويرها الميكروفيلمي ؛ وهي نسخة متقنة إلا أن بعض حروفها غير منقوطة، ويبدو أنها نسخت في القرن التاسع الهجري، وقد رمزت لها بنسخة (أ)، ووجدت صعوبة كبيرة في النسخ منها،

وحاولت الاستعانة بالنسخة الأخرى لسد الخلل الذي وجده بها .
وتبدأ هذه النسخة بكتاب الطهارة ، وتنتهي بنهاية كتاب الحدود .

- النسخة الثانية :

نسخة المكتبة العلمية العامة بمدينة بريدة بالقصيم ومسجلة بالمكتبة تحت رقم (٣٢) .

وتقع في ٤١٨ صفحة، وقد نسخ أول مائة صفحة منها بخط علي بن المبارك ابن علي المعروف بالاسكافي الحنبلي وهو بخط جميل، وأكملها آخر بخط جيد حتى نهاية ما وجد من هذه النسخة.

وهذه النسخة منسوخة عام ١٣٢٧هـ عن النسخة المحفوظة بالمكتبة الظاهرية، وقد رمزت إليها بنسخة (ب) .
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

كتبه

أ.د/ عبدالملك بن عبدالله بن دهيش
مكة المكرمة
١٤٢١/١/١هـ

القسم
المحقق

كتاب الطهارة^(١)

١ - مسألة : الطهور إسم للطاهر في نفسه المطهر لغيره، فهو من الأسماء المتعدية وتعديه إلى رفع الأحداث وزوال الأنجاس^(٢)، ذكره أبو بكر في التنبيه، وبه قال أصحاب مالك والشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة : الطهور والطاهر اسمان بمعنى واحد فيكون من الأسماء اللازمة، دليلنا: قوله ﷺ في ماء البحر: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته»^(٤)، وكان ذلك جواباً عن سؤاله عن التوضي به، فلو كان معناه هو الطاهر ماؤه لما كان جواباً لأننا نرى طاهرات لا يتوضأ بها، وقوله ﷺ: «جعلت لي الأرض مسجداً وترابها طهوراً»، ولو كان معناه الطهارة لما كان في هذا التخصيص فائدة لأنها طاهرة في حق من قبله، ولأن العرب تفرق بين الطاهر والطهور فيقولون ماء طهور، ولا يقولون خل طهور فدل على افتراقهما.

٢ - مسألة : لا يجوز إزالة النجاسة بماء^(٥) غير الماء، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٦) في قوله يجوز . دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة وأنس :

(١) الطهارة لغة: النظافة والنزاهة من الأدناس حسية كانت أو معنوية.

وإصطلاحاً: ارتفاع الحدث وما في معناه، وزوال النجس : كشف القناع ٢٤/١، الروض المربع ١٥/١ وما بعدها.

(٢) كشف القناع ٢٤/١.

(٣) المجموع شرح المذهب ١٣٩/١.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه : ٥٠/١ ، وابن ماجه في سننه : ١٣٦/١ ، وأحمد في مسنده : ٢٣٧/٢ ، وابن حبان في صحيحه : ٥١/٤ .

(٥) المائع : هو كل شيء ذائب .

(٦) بدائع الصنائع للكاساني : ٢٦٦/١ وقد جاء في فتح القدير ٧٠/١ : (وأما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به، لأنه ماء يخرج من غير علاج).

«صبوا على بول الأعرابي ذنوباً أو ذنوبين من ماء»^(١)، و روي دلواً، ويروى سجلاً، وقوله ﷺ لأسماء بنت أبي بكر الصديق في دم الحيض : «حتيه»^(٢) ثم أقرصيه^(٣) ثم اغسله بالماء ثم قطعيه»^(٤) من قولهم خبز مقروص ، ولأنها طهارة فلم تصح بالخل كالطهارة من الحدث .

٣- مسألة: (٥) إذا تغير أحد صفات الماء بالطهارات كالخل ونحوه لم يرفع حدثاً

(١) أخرجه البخاري: ٨٩/١، ومسلم في صحيحه: ٢٣٦/١، وأبو داود في سننه: ١٠٣/١، وأحمد في المسند: ١٦٧/٣ .

(٢) قال ابن الأثير في النهاية: ٣٣٧/١: «حتيه، أي حكيه. والحكُّ والحثُّ والقشْرُ سواء» .

(٣) القرص: الدلك بإطراف الأصابع والأظفر، مع صب الماء عليه حتى يذهب أثره، والتقريص مثله. يقال: قرصته وقرصته، وهو أبلغ في غسل الدم من غسله بجميع البدن. وقال أبو عبيد: قرصيه بالتشديد، أي قطعيه.

انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: ٤٠/٤ .

(٤) أخرجه البخاري: ٣٧٥/١، وأبو داود في سننه: ٩٩/١، والنسائي في سننه: ١٩٥/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٣/١ .

(٥) قال في الإقناع وشرحه: (لا يباح ماء آبار وبار مغمور غير بئر الناقة لقول ابن عمر: ان الناس نزلوا مع رسول الله ﷺ على الحجر أرضي ثمود فاستقوا من آبارها وعجنوا به العجين، فأمر رسول الله ﷺ أن يهريقوا ما استقوا من آبارها ويعلفوا الإبل العجين، وأمرهم أن يستقوا من البئر التي كانت تردها الناقة. متفق عليه . قال الشيخ تقي الدين: وهي البئر الكبيرة التي يردّها الحجاج في هذه الأزمنة) انتهى . قال في الهدى في غزوة تبوك: بئر الناقة استمر علم الناس بها قرناً بعد قرن إلى وقتنا هذا فلا ترد الركوب بئر غيرها وهي مطوية محكمة البناء واسعة الأرجاء آثار العنق عليها بادية لا تشبه بغيرها فظاهرة أي ظاهر القول بتحريم ماء غير بئر الناقة من ديار ثمود لا تصح الطهارة أي الوضوء والغسل به لتحريم استعماله كماء مغصوب أو ماء ثمنه المعين حراماً في البيع فلا يصح الوضوء بذلك ولا الغسل به لحديث من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد .

قال في المبدع : (لا تصح الطهارة بماء مغصوب كالصلاة في ثوب مغصوب إنتهى . قلت: فيؤخذ منه تقييده بما إذا كان عالماً ذاكراً كما يأتي في الصلاة وإلا صحت لأنه غير آثم إذا فتيتم معه أي مع غير بئر الناقة من ديار ثمود ريع المغصوب وما ثمنه المعين حراماً لعدم غيره من المباح ولا يستعمله لأنه ممنوع منه شرعاً فهو كالمعدوم حكماً) انتهى .

قال في الفروع ، في باب الأطعمة: ماء آبار ثمود ظاهر كلام المصنف والأصحاب بإباحته، ثم قال: ولا وجه لظاهر كلام الأصحاب على إباحته مع هذا الخبر ، ونص أحمد، وذكر المصنف عن أحمد الأحاديث في ذلك .

ولا نجساً، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(١)، وعن أحمد مثله وجه الأولى :
إنه ماء تغير بمخالطة ما ليس بطهور وهو مستغنى عنه أشبه الباقلاء المغلي.

- مسألة : لا يجوز التوضأ بشيء من الأنبذة ، وبه قال أكثرهم ، وقال أبوحنيفة^(٢)، وينبذ التمر المطبوخ إذا اشتد طلبه وكان مسافراً قد عدم الماء وعنه كمذهبنا وهو اختيار أبي يوسف ، وعنه يجمع بينه وبين التيمم ، وبه قال محمد بن الحسن. دليلنا: أنه لا يتوضأ به في الحضر كذلك في السفر كسائر المائعات ، ولأنه شراب فيه شدة مطربة فكان نجساً كالخمر، وإذا ثبت التنجس امتنع استعماله.

- مسألة : جلود الميتة لا تطهر بالدباغ ، وبه قال مالك^(٣). وفيه رواية أخرى: تطهر، وبه قال أكثرهم، إلا أن أباحنيفة^(٤) يستثني جلد الخنزير خاصة، والشافعي^(٥) يستثني الخنزير والكلب، ونحن على هذه الرواية نقول : يطهر ماكان طاهراً حال الحياة يطهر بالدباغ وجه الأولى : قوله ﷺ في حديث عبد الله ابن عكيم قال : «أتانا كتاب رسول الله قبل موته بشهرين لا تنتفعوا من الميتة بجلد ولا عصب»^(٦)، ولأنه جزء من الميتة فلا يطهر بالدباغ كاللحم فلذلك لا يطهر على كلا الروايتين ، وكذلك كل لحم حكمنا بنجاسته في حياته أنه نجس بعد موته فأشبهه الخنزير .

(١) الهداية علي بداية المبتدى : ٣٤/١ .

(٢) البدائع : ١١٥/١ .

(٣) الشرح الكبير للدرديري : ٥٤/١ .

(٤) مختصر الطحاوي : ص ١٧ ، فتح القدير : ٩٢/١ ، الهداية : ٢٠/١ .

(٥) الأم للشافعي : ١٩/١ ، المهذب للشيرازي : ١٣/١ ، الوجيز للغزالي : ١٠/١ .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه : ٦٧/٤ ، والترمذي في جامعه : ٢٢٢/٤ ، وابن ماجه في سننه : ١١٩٤/٢ .

٦ - مسألة: ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بالذكاة ، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(١). دليلنا: إنها ذكاة لا تفيد إباحة اللحم فلا تفيد طهارة الجلد كذكاة المجوسي والمرتد ، لا يلزم عليه ذبح الآدمي إذا قلنا إنه طاهر لأن ذلك لم نستفده بالذكاة لأنه لو مات كان كذلك.

٧ - مسألة: صوف الميتة وشعرها طاهر، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٢). دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عباس: «لا بأس بجلد الميتة إذا دبغ صوفها وشعرها إذا غسل»^(٣)، ولأنه لو انفصل حال حياة الحيوان كان طاهراً كذلك بعد الموت كالبيض والجنين، ولأنه لا يحس ولا يألَم فكان دلالة على عدم الحياة فالموت لا يحله.

٨ - مسألة: العظام فيها حياة وتنجس بالموت ، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: قوله تعالى: ﴿قال من يحيي العظام وهي رميم﴾^(٥)، ولأنه يحس ويألَم فأشبهه اللحم .

٩ - مسألة: لا يجوز استعمال الأواني المضربة بالذهب والفضة إذا كثر وإن قل فيما لا حاجة إليه لم يجز أيضاً كالحلقة ، ويجوز في الضربة^(٦)، وقال أبوحنيفة: يجوز على الإطلاق^(٧)، وقال أصحاب الشافعي: إن كان يسيراً

(١) مختصر الطحاوي: ص ١٧ .

(٢) الوجيز: ١١/١ ، المذهب ٩٠/١ .

(٣) أخرجه الدارقطني: ٤٧/١ - ٤٨ .

(٤) الهداية: ٢١/١ .

(٥) سورة يس: الآية ٧٨ .

(٦) ملخص مذهب الحنابلة في هذه المسألة: أن المضرب بذهب حرام مطلقاً، وكذا المضرب بفضة لغير حاجة، أو بضبة كبيرة عرفاً ولو لحاجة. انظر: الروض المربع ٢٢/١ .

(٧) تبين الحقائق: ١١/٦ ، وحاشية ابن عابدين: ٣٤٣/٦ .

يحتاج إليه لإصلاح موضع الكسر فهو مباح وإن كان لا يحتاج إليه فمنهم من كرهه ومنهم من لم يكرهه ، وإن كان كثيراً كرهه مع الحاجة وحرم مع عدمها. (١)
 دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عمر: « من شرب في إناء ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم »، (٢) ولأن فيه سرف وخيلاء أو تشبهه بالأعاجم فأشبهه إذا كان جميعه ذهباً أو فضة.

- ١٠ - مسألة: من شرط الطهارة من الحدث النية، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. (٣) دليلنا: قوله ﷺ في حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى»، (٤) ولأنها طهارة من حدث فأشبهه بالتيمم.
- ١ - مسألة: التسمية على الطهارة من الحدث واجبة، (٥) وفيه رواية أخرى : أنها

(١) جاء في زاد المحتاج ٢٤/١: «وما ضيب بذهب أو فضة ضبة كبيرة لزينة حرم، أو صغيرة بقدر الحاجة فلا ، أو صغيرة لزينة أو كبيرة لحاجة جاز في الأصح» .
 (٢) رواه ابن ماجه: ١١٣٠/٢ ، وابن حبان في صحيحه: ١٦٠/١٢ ، ورواه الدارقطني : ٤٠/١ وقال : إسناده حسن .

(٣) جاء في فتح القدير ٣٢/١: « فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعية فرض » .
 انظر: تحفة الفقهاء ج١ ، ص١٣ ، القدوري ص٣ ، الهداية ١٠٣/١ .

(٤) أخرجه البخاري: ٣/١ ، ومسلم: ١٥١٥/٣ ، وأبو داود: ٢٦٢/٢ ، والترمذي: ١٧٩/٤ .
 (٥) جاء في المصنف: وظاهر مذهب أحمد أن التسمية مسنونة في طهارات الأحداث كلها . رواه عنه جماعة من أصحابه . وقال الخلال الذي استقن منه الروايات عنه أنه لا بأس به يعني إذا ترك التسمية، وهذا قول الثوري ومالك والشافعي وأبي عبيدة وابن المنذر وأصحاب الرأي، وعن أحمد أنها واجبة فيها كلها الوضوء والغسل والتيمم وهو اختيار أبي بكر عبدالعزیز ومذهب الحسن وإسحاق . الكوكب : ١٥١ .

قسم التسمية في علم الفقه وأحكامه إلى أقسام تجب وتُستحب وتُستحب وتُكره، فتجب في خمسة مواضع في رواية الأول عند ، والثانية عند غسل الميت، والثالث عند غسل الجنابة، والرابع عند التيمم ، والخامس عند غسل يدي قائم من نوم ليل ناقض للوضوء . ويشترط في موضعين : الأول: عند الذكاة، والثاني عند إرسال الآلة للصيد. وتستحب في أول الفاتحة لكل صلاة مطلقاً وعند الأكل وغيرهما من كل مستحب وتكره عند كل أمر مكروه ومحرم، وحيث قلنا إنها تجب، تسقط سهواً أو جهلاً وعلى الاشتراط تسقط بالسهو دون

مستحبة، وبه قال أكثرهم وجه الأولى قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : « لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه »،^(١) ولأنها عبادة ترجع إلى شطرها حال العذر فكان فيها ذكراً واجباً كالصلاة .

١٢ - مسألة : يجب غسل اليدين عند القيام من نوم الليل قبل إدخالهما الإناء ثلاثاً، وبه قال داود، وفيه رواية أخرى : أنه مستحب ، وبه قال أكثرهم وجه الأولى : قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «إذا قام أحدكم من نومه فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثاً فإنه لا يدري أين باتت يده»،^(٢) وروي : «فليغسل يده ثلاثاً» ، ولأنه غسل علق بالنوم فأشبهه الوضوء .

١٣ - مسألة : لا تختلف الرواية في وجوب الاستنشاق، وفي المضمضة روايتين؛ أصحهما الوجوب في الطهارة جميعاً، وقال أكثرهم : يستحب ، إلا أن أباحيفة وافقنا في الطهارة الكبرى خاصة فأوجبها.^(٣) دليلنا : قوله ﷺ في حديث عائشة : «المضمضة والاستنشاق من الوضوء الذي لا بد منه»^(٤)، ولأنه عضو لا تلحق المشقة في إيصال الماء إليه فهو كالجبهة.

== الجهل عند الزكاة وإرسال آلة الصيد فلا تسقط إلا بالسهو خاصة، وإن كان القياس عدم سقوط الشرط بالسهو لكن لما كان تكرار المذبح كثير فيحصل به السهو سومح بسقوطه دفعاً للحرص والمشقة، وتجزئ من غير عربية البسمة. ودليل سقوطها حديث شداد بن سعد مرفوعاً ذبيحة المسلم حلال إذا لم يسم إذا لم يتعمد. أخرجه سعيد والحديث عفي لأمتي الخطأ والنسيان والأية محمولة على العمد جمعاً بين الاختيار ومتى لم يعلم هل سمي الذابح أم لا؟ فالذبيحة حلال لحديث عائشة أنهم قالوا يارسول الله إن قوماً حديث عهد بشرك يأتوننا بلحم لا ندري أذكروا اسم الله عليه أم لم يذكروا. قال : سمو أنتم وكلوا. رواه البخاري.

(١) أخرجه أبو داود، في مسنده : ٢٥/١ ، والترمذي : ٣٧/١ ، وابن ماجه : ١٣٩/١ ، وأحمد في مسنده : ٤١٨/٢ .

(٢) أخرجه البخاري : ٧٢/١ ، ومسلم : ٢١٢/١ ، وأبو داود : ٢٥/١ ، وسنن ابن ماجه : ١٣٩/١ .

(٣) تحفة الفقهاء : ج١ ، ص ١٤ ، الهداية : ج١ ، ص ١٦ .

(٤) أخرجه الدارقطني : ٨٤/١ ، والبيهقي : ٥٢/١ .

١٤ - مسألة: البياض الذي بين الصدغ والأذن من الوجه ، وبه قال أكثرهم خلافاً لما لك في قوله : ليس منه. ^(١) دليلنا: قول الأصمعي والمفضل بن سلمة : ما جاوز وتد الأذن عارض والعارضان من الوجه ، ولأنه يجب غسله في حق الأمر فأنشبه بقية الوجه.

١٥ - مسألة: يجب غسل ما استرسل من اللحية طويلاً وعرضاً في الطهارة وهو الظاهر من مذهب مالك، ^(٢) وقال أبو حنيفة والشافعي ^(٣) في أحد قوليهِ : يجب غسل ما حاذ محل الفرض. دليلنا: قوله ﷺ : « لا تغطوا اللحية فإنها من الوجه » ^(٤) ، وإذا ثبت هذا دخل تحت قوله تعالى : « فاغسلوا وجوهكم » ^(٥) ، ولأنه شعر ظاهر ثابت على محل يجب غسله فهو كبقية شعور الوجه.

١٦ - مسألة: إذا كانت بشرة الوجه ظاهرة تصفها اللحية وجب غسلها ، وبه قال الشافعي، ^(٦) وقال أبو حنيفة : لا يجب ذلك. ^(٧) دليلنا: أن بشرة الوجه ظاهرة

(١) جاء في الشرح الكبير للدردير: ٨٥/١: « فخرج شعر الصدغين ، والبياض الذي بينه وبين الأذن مما فوق الوتد ، لأنهما من الرأس. وأما البياض الذي بين عظم الصدغين والوتد فهو من الوجه ».

(٢) حاشية الدسوقي: ١٢/١ ، وبداية المجتهد: ١١/١ ، والبيان والتحصيل ١٦٩/١.

(٣) مجمع الأنهر: ١٢/١ ، تبين الحقائق: ٣/١ .

(٤) جاء في التلخيص لابن حجر: ٥٦/١: « ذكره الحازمي في تخريج أحاديث المذهب فقال هذا الحديث ضعيف ، وله إسناد مظلم ، ولا يثبت عن النبي ﷺ فيه شيء ، وتبعه المنذري وابن الصلاح والنووي ، وزاد وهو منقول عن ابن عمر يعني قوله ، وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من حديث ابن عمر بلفظ: « لا يغطين أحدكم لحيته في الصلاة ، فإن اللحية من الوجه » وإسناده مظلم كما قال الحازمي ».

(٥) سورة المائدة : الآية : ٦ .

(٦) زاد المحتاج بشرح المهتاج: ٤٥/١ ، وجاء في الحاوي: « إذا كان خفيف اللحية لا يستر شعرها البشرة ، فهذا يلزمه غسل الشعر والبشرة ، ولا يجوز أن يقتصر على غسل أحدها دون الآخر ».

(٧) البحر الرائق: ١٦/١ ، وحاشية ابن عابدين: ١٠١/١ .

فوجب غسلها كوجه الأمد.^(١)

١٧ - مسألة : إدخال المرفقين في غسل اليدين واجب ، وبه قال أكثرهم خلافاً لزفر وابن داود.^(٢) دليلنا : قول جابر بن عبد الله كان رسول الله ﷺ : «إذا توضأ ذلك مرفقيه في الطهارة»^(٣) ، وهكذا الخلاف معهما في إدخال الكعبين في الطهارة.

١٨ - مسألة : يجب استيعاب الرأس بالمسح ، وبه قال مالك^(٤) وفيه رواية أخرى : لا يجب الإستيعاب ، وبه قال أكثرهم ، إلا أن الشافعي قال : يجزئ ما يقع عليه اسم المسح^(٥) وأبو حنيفة^(٦) بالربع ، ونحن بالناصية وهي مقدم الرأس . دليلنا : قوله تعالى : ﴿وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ﴾^(٧) وهذا يقتضي الإستيعاب من وجهين أحدهما : أنه حكم علق باسم مطلق فوجب استيعابه كقوله : ﴿فَاَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾^(٨) ، ولأنه يحسن تأكيده بالفاظ العموم والشمول واستثناء البعض

(١) قال ابن قدامة : (فإن كان في الوجه شعر كثيف يستر البشرة ، لم يجب غسل ما تحته ، لأنه باطن أشبه باطن أقصى الأنف ، ويستحب تخليه ، لأن النبي ﷺ خلل لحيته ... وإن كان يصف البشرة ، وجب غسل الشعر والبشرة ، وإن كان بعضه كثيفاً وبعضه خفيفاً ، وجب غسل ظاهر الكثيف ، وبشرة الخفيف معه) . انظر : الكافي : ٢٧/١ .

(٢) المحلي : ٥٢/٢ ، وأحكام القرآن للجصاص : ٣٤١/١ ، وتفسير القرطبي : ٨٦/٦ .

(٣) لم أجد الحديث بهذا اللفظ بسنن الدارقطني ، والذي وجدته : عن جابر بن عبد الله قال : كان رسول الله ﷺ : «إذا توضأ أدار الماء على مرفقيه» . سنن الدارقطني : ٨٣/١ رقم ١٥ .

(٤) بداية المجتهد : ١٢/١ ، وجواهر الإكليل : ١٤/١ والاستذكار لابن عبد البر : ١٦٧/١ .

(٥) جاء في الأم للشافعي : ٢٢/١ : «إن من مسح من رأسه شيئاً فقد مسح برأسه» .

(٦) حاشية ابن عابدين : ٩٩/١ ، فتح القدير : ١٨/١ .

(٧) سورة المائدة : الآية : ٦ .

(٨) سورة التوبة : الآية : ٥ .

منه فدل على أنه يتناول الكل^(١)، وأيضاً فإنه عضو غير محدود في الطهارة فوجب استيعابه كالوجه.

١٩ - مسألة: السنة في مسح الرأس دفعة واحدة ، وبه قال أكثرهم^(٢) ، وفيه رواية أخرى : الثلاث سنة ، وبه قال الشافعي^(٣) وجه الأولى : أن ابن عباس وصف وضوء رسول الله ثلاثاً ثلاثاً وفي مسح الرأس دفعة واحدة^(٤) ، وهكذا في رواية عثمان وعليّ عليهم السلام ، ولأنه مسح في طهارة عن حدث فأشبهه مسح الرجلين .

٢٠ - مسألة: الأذنان من الرأس فيجزئ مسحهما بماء الرأس، وبه قال أكثرهم^(٥) وقال الشافعي^(٦) : ليست منه. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي أمامة وعبد الله بن زيد: «الأذنان من الرأس»^(٧) وتقديره يمسحان كمسحه، لأنه يجب أن يذكر في الخفين أيضاً من الرأس ، وأيضاً فإنه ممسوح متصل بالرأس فكان من الرأس كجوانبه.

٢١ - مسألة: يجوز المسح على العمامة في الطهارة، وبه قال عمر بن عبدالعزيز،

(١) قال ابن برهان: (من زعم أن الباء للتبويض، فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه). انظر: الكافي: ٢٩/١.

(٢) تحفة الفقهاء: ١٨/١ ، والهداية: ١٣/١ ، وبداية المجتهد: ١٣/١ ، والمنتقى: ٣٨/١.

(٣) المذهب: ٢٤/١ ، والمنهاج: ص ٥ ، الأم: ٢٦/١ ، روضة الطالبين: ٥٣/١.

(٤) صحيح البخاري كما في فتح الباري: ٢٩٤/١.

(٥) مختصر الطحاوي: ص ١٨.

(٦) عند الشافعي ليست من الرأس ولا من الوجه. انظر: المذهب ٢٥/١ والأم ٢/١. فقد جاء في المذهب: ٤١/١: (ثم يمسح أذنيه ظاهرهما وباطنهما ... ويكون ذلك بماء جديد غير الماء الذي مسح به الرأس، لأنه عضو تميز عن الرأس في الاسم والخلقة فلا تبعه في الطهارة كسائر الأعضاء).

(٧) أخرجه أبو داود في السنن: ٦٨/١ ، والترمذي: ٥٣/١ ، وابن ماجه: ٥٢/١.

والحسن البصري ، وحكيم بن جابر خلافاً لأكثرهم ^(١) لا يجزئ ذلك. دليلنا: ما روى بلال عن النبي ﷺ أنه قال: «امسحوا على الخفين والخمار» ^(٢) وفي لفظ آخر: أنه كان يمسح على الخفين والخمار، وفي لفظ آخر: أمر بذلك للمقيم يوماً وليلة ، وللمسافر ثلاثة أيام بلياليها، ولأنه عضو يسقط فرضه في التيمم فجاز المسح على حائله كالقدمين ، ولأنه غدر أثر الطهارة فآثر في نصفها كعدم الماء في حق المتيمم ، أو عذر أثر في مقدار العبادة فآثر في شطرها كالسفر في قصر الصلاة .

٢٢- مسألة: الفرض في الرجلين الغسل ، وبه قال أكثرهم، وقالت الرافضة : هو المسح. ^(٣) دليلنا: أن النبي ﷺ : «توضأ وغسل رجليه وقال : هذا الوضوء

(١) جاء في بداية المجتهد: ١٣/١: «اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك أحمد بن حنبل وأبو ثور، والقاسم بن سلام وجماعة، ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة. جاء في المذهب: ٤١/١ (فإن اقتصر على مسح العمامة لم يجزئ، لأنها ليست برأس ولأنه عضو لا تلحق المشقة في إيصال الماء إليه) .
(٢) أخرجه أحمد في المسند: ١٤/٦ ، والترمذي في الجامع: ١٥١/١ .

(٣) غسل الرجلين فرض في قول أكثر أهل العلم قال عبدالرحمن بن أبي ليلى: اجتمع أصحاب رسول الله ﷺ على غسل القدمين، وروى عن علي رضي الله تعالى عنه أنه مسح على نعليه وقدميه ثم دخل المسجد فخلع نعليه ثم صلى. وحكى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال ما أجد في كتاب الله تعالى إلا غسليْن ومسحين، وحكى عن الشعبي أنه قال الوضوء مغسولان وممسوحان؛ فالممسوحان يسقطان في التيمم، وعن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه أنه ذكر له قول الحجاج اغسلوا القدمين ظاهرهما وباطنهما وخللوا بين الأصابع فإنه ليس من بني آدم أقرب إلى الخبث من قدميه فقال أنس صدق الله تعالى وكذب الحجاج. قال تعالى ﴿ فاغسلوا بوجوهكم وأيديكم واسمحو برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين ﴾. وحكى عن ابن جرير أنه قال هو مخير بين المسح والغسل ولم نعلم أحداً من أهل العلم قال بجواز مسح الرجلين غير من ذكرنا، واحتجوا بظاهر الآية، وبما روي عن ابن عباس قال: «توضأ النبي ﷺ فأدخل يده في إناء فتمضمض واستنشق مرة واحدة ثم أدخل يده فصب على وجهه مرة واحدة وصب على يديه مرة ومسح برأسه وأذنيه مرة ثم أخذ كفاً من ماء فرش على قدميه وهو يتفعل» رواه سعيد. وروى سعيد عن هشيم بن علي بن عطاء عن أبيه قال: أن أوس الثقفي «رأى النبي ﷺ أتى سباطة قوم بالطائف فتوضأ ومسح». قال هشيم: كان هذا في أول الإسلام .

الذي لا يقبل الله الصلاة إلا به»، وقال للذي بقى على قدميه لمعة لم يصبها الماء أعد الوضوء. (١)

٢ - مسألة: الترتيب (٢) في الطهارة الصغرى واجب، (٣) وبه قال الشافعي (٤) خلافاً لأكثرهم. (٥) دليلنا: أن الله رتب بإدخاله الممسوح بين المغسولين وقطع النظير عن نظيره وأخرج الكلام عن سننه ونظامه وهذا كقول القائل: أكرم الأمير زيدا، واضرب خالداً، وأكرم عمراً، ولأنها نوع عبادة تبطل بالحدث أو ترجع إلى شطرها حال العذر فأشبهه الصلاة.

٢ - مسألة: الموالاة واجبة في الطهارة الصغرى ، وبه قال مالك، (٦) وفيه رواية أخرى : لا تجب، وبه قال أبو حنيفة، وداود، (٧) وعن الشافعي: كالمذهبيين. (٨) دليلنا: أن الله تعالى أمر بفعلها والأمر على الفور وهذا يقتضي الموالاة ، ولأنها نوع عبادة تبطل بالحدث أو يرجع إلى شطرها حال العذر فأشبهه الصلاة .

(١) وفي لفظ آخر : «ويل للأعقاب في النار»، ثم قال: وذلك للحديث الذي رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: «رأى رسول الله ﷺ رجلاً توضأ فترك موضع الضفر على قدمه، فأمره أن يعيد الوضوء والصلاة . قال : فرجع» . أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطهارة وسنتها، باب من توضأ فترك موضعاً لم يصبه الماء : ٢١٨/١ ج ٦٦٦ .

(٢) الترتيب : هو أن يغسل وجهه ثم يديه ثم يمسح برأسه ثم يغسل رجليه .

(٣) قال ابن قدامة في المغني: ١٩٠/١ : (إن الله تعالى أمر بغسل الأعضاء وعطف بعضها على بعض واو الجمع، وهي لا تقتضي الترتيب؛ .. ولنا أن في الآية قرينة تدل على أنه أريد بها الترتيب، فإنه أدخل ممسوحاً بين مغسولين» .

(٤) الأم : ٢٦/١ ، مختصر المزني: ١٠/١ ، والحاوي : ٥٤٤/١ ، فتح العزيز: ٣٦٠/١ .

(٥) قال المزني : الترتيب سنة ولا يجب، واختاره ابن المنذر، وقال البغوي: وإليه يميل إمام الأئمة أي إمام الحرمين . مختصر المزني: ١٠/١ ، والوسيط للغزالي: ٣٧٥/١ .

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير: ٩٠/١ وما بعدها. جاء في الكافي لابن قدامة: (وفي وجوب الموالاة روايتان: إحداهما يجب والثانية لا يجب) .

(٧) الدسوقي على الشرح الكبير : ٩٣/١ .

(٨) انظر: الحاوي : ٥٦٣/١ ، والأم : ٢٦/١ ، والوسيط : ٣٨٥/١ .

٢٥ - مسألة: لا يجوز للمحدث لمس المصحف ، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود .
 دليلنا: قوله تعالى : ﴿ إِنَّهُ لَقُرْآنٌ كَرِيمٌ فِي كِتَابٍ مَكْنُونٍ لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ ﴾^(١) وقوله ﷺ في رواية عمرو بن حزم : « لا يمس المصحف إلا طاهر »^(٢) ، وقوله لابن عمر : « لا تمس المصحف إلا وأنت طاهر » ، وأيضاً فإنه لما منع الكافر منه لحرمة ، كذلك الجنب ، وكذلك يمنع الجنب من دخول المسجد لما يتلى فيه من القرآن فكذلك المصحف .

فصل : ويجوز حمله بعلاقته أو في غلافه ، وقال مالك والشافعي : لا يجوز ،^(٣)
 دليلنا : أنه مما لا يتبعه في البيع فصار كالخرج الذي فيه المتاع والمصحف ، وعكسه الجلد .

٢٦ - مسألة: يجوز للجنب قراءة بعض آية ، وبه قال أبو حنيفة ،^(٤) وفيه رواية أخرى : أنه لا يقرأ ولا حرفاً ، وبه قال الشافعي ،^(٥) وقال داود : هو كالطاهر ، وقال مالك : يقرأ الآيات اليسيرة على وجه التعوذ^(٦) وجه الأولى : أن بعض آية ذكُرَ لا يجزئ في الخطبة فهو كقوله سبحانه الله والحمد لله ، وعكسه الآية ،

(١) سورة الواقعة : الآيات : ٨٧-٨٩ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : ١٩٩/١ ، باب الأمر بالوضوء لمن مس القرآن .

(٣) حاشية الدسوقي : ١٢٥/١ . جاء في تحفة الفقهاء : ٣١/١ (ولا يباح له مس المصحف إلا بغلافه ... واختلف المشايخ في تفسير الغلاف ؛ قال بعضهم : هو الجلد الذي عليه ، وقال بعضهم : هو الكم ، وقال بعضهم : هو الخريطة ، وهو الصحيح ، لأن الجلد تبع للمصحف ، والكم تبع للحامل ، أما الخريطة فليست بتبع ، ولهذا لو بيع المصحف لا تدخل الخريطة في البيع من غير شرط) . انظر : المهذب : ٥٤/١ .

(٤) قال الكرخي : يمنع عن قراءة ما دون الآية على قصد قراءة القرآن . انظر : فتح القدير : ١٦٨/١ ، تحفة الفقهاء : ٣٢/١ .

(٥) الوسيط : ٢٤٠/١ ، وفتح العزيز : ٣٣/٢ .

(٦) جاء في تحفة الفقهاء : ٣٢/١ (ولكن إذا قرأ القرآن على قصد الدعاء لا على قصد القرآن فلا بأس به) .

ونخص مالك وداود^(١) بقوله ﷺ : « لا يقرأ القرآن جنب ولا حائض »،^(٢) وقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه : ما كان يعجز رسول الله ﷺ عن قراءة القرآن شيء سوى الجنابة ، ولأنه لما منع الجنب من المسجد لحزمة القراءة فأولى أن يمنع من القراءة.

٢٧ - مسألة: الحائض كالجنب، وبه قال أكثرهم، وقال مالك :^(٣) تقرأ الحائض ما شاءت. دليلنا: ماتقدم من الأخبار، ولأنه حدث يوجب الغسل فأشبهه الجنابة.

٢٨ - مسألة: لا يجوز استقبال القبلة بالبول والغائط في الصحارى خاصة، وبه قال أكثرهم،^(٤) وفيه رواية أخرى: لا يجوز في البنيان أيضاً، وبه قال أبوحنيفة^(٥) وقال داود : يجوز في الحالتين وجه الأولى: ما روت عائشة أن النبي ﷺ لما بلغه أن الناس قد كرهوا ذلك قال : « وقد فعلوها حولوا مقعدتي إلى القبلة »^(٦)، وقول أبي قتادة : رأيت النبي ﷺ « يبول مستقبل القبلة »^(٧) رواه أحمد، وقول ابن عمر: « رأيت يتبرز بين لبنتين مستقبل القبلة »^(٨)، وقول جابر : نهى رسول الله ﷺ عن أن يستقبلوا القبلة ببول أو غائط ، ورأيت قبل موته بعام يستقبلها ، ولأنها استخراج نجاسة فجاز أن يستقبل بها القبلة كالفصاد والحجامة.

(١) جاء في المصنف : (ودليلنا على مالك وداود فإنه لا يقرأ الجنب آية أو آيات كما قالوا).

(٢) أخرجه الترمذي في باب الطهارة: ٢٣٦/١ ، وابن ماجه: ١٩٥/١ ، والبيهقي: ٣٠٩/١ .

(٣) جاء في الشرح الكبير: « لا يمنع قراءة حال نزوله ولو متلبسة بجنابة قبله، وكذلك بعد انقطاعه إلا أن تكون متلبسة بجنابة قبله ». انظر : حاشية الدسوقي: ١٧٤/١ .

(٤) قال البهوتي : « وحرم في فضاء لا بنيان فيه استقبال قبلة واستدبارها ببول أو غائط ». شرح الإرادات : ٣٢/١ .

(٥) الاختيار : ٣٧/١ ، وشرح الفلاح : ص ٩ .

(٦) أخرجه الدارقطني: ٦٠/١ .

(٧) أخرجه الترمذي: ١٥/١ ، وأحمد في المسند: ٣٠٠/٣ .

(٨) أخرجه أبو داود: ٤/١ ، والتزمذي: ١٦/١ ، وأحمد في المسند: ٩٩/٢ .

٢٩ - مسألة: الاستنجاء^(١) واجب، وبه قال الشافعي وداود،^(٢) وقال أبو حنيفة :

لا يجب،^(٣) وكذلك عنده كل نجاسة لا تزيد على درهم، واختلف أصحاب مالك فمنهم من قال : إزالة النجاسة واجب مع الذكر خاصة، ومنهم من قال : هو واجب وليس بشرط في صحة الصلاة^(٤) بحال. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليأخذ ثلاثة أحجار يستطيب بهن فإنها تجزيه»^(٥)، ولفظه الأمر والإجزاء يدلان على الوجوب، ولأن ما لا يعفى عنه إذا زاد على قدر الدرهم لا يعفى عنه وإن لم يزد كحدث الأعضاء.

فصل : فإن صلى وعليه نجاسة لا يعلم بها أو علم إلا أنه لا يمكنه إزالتها ولا التيمم على قولنا فعليه الإعادة ، وبه قال أكثرهم ، وفيه رواية أخرى : لا إعادة عليه ، وبه قال مالك وجه الأولى : إنها إحدى الطهارتين فأشبهه الحدث.^(٦)

فصل : والعدد معتبر في الاستنجاء ، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة وداود:

(١) هو إزالة خارج معتاد وغيره من سبيل أصلي قبل أو دبر بماء طهور ، أو إزالة حكمية بما يقوم مقام الماء من حجر ونحوه . شرح منتهى الإرادات : ٢٨/١ .

(٢) قال الرافعي في المحرر ويجب الاستنجاء لقوله ﷺ : « وليستنجد أحدكم بثلاثة أحجار » أخرجه الشافعي في الأم : ٢٨/١ . وجاء في المذهب : ٥٧/١ (والاستنجاء واجب من البول والغائط) . وقال ابن قدامة : (والاستنجاء واجب من كل خارج من السبيل معتاداً كان أو نادراً) انظر : الكافي : ٥١/١ .

(٣) يرى الأحناف أن الاستنجاء سنة مؤكدة فلو تركه صحت صلاته .

انظر : شرح فتح القدير : ٢١/١ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي : ١٠٥/١ وما بعدها .

(٥) أخرجه أبو داود في باب الاستنجاء بالحجارة : ٣٧/١ .

(٦) جاء في المصنف : إذا صلى ثم رأى عليه نجاسة في بدنه أو ثيابه لا يعلم هل كانت عليه في الصلاة أو لا ، فصلاته صحيحة . وعند الحنابلة في الصحيح من أقوالهم .

الاعتبار بالإنقاء.^(١) دليلنا: ما تقدم من الحديث ، ولأنها عبادة تتعلق بالأحجار لم يسبقها معصية فأشبهه رمي الجمار.

٣٠- مسألة : لا يجوز الاستنجاء بالروث^(٢) والرمة،^(٣) طاهرة ونجسة ، وبه قال الشافعي،^(٤) وفيه خلافاً لأكثرهم وداود. دليلنا: ما روى أبي هريرة أن النبي ﷺ «نهى^(٥) أن يستنجى بالروث والعظام»، وقد رواه سلمان ورويفع أيضاً، ولأنها عين نجسة فأشبهه الماء النجس.

٣١- مسألة : إذا نام كثيراً انتقض وضوءه ، فإن كان يسيراً على حالة من أحوال الصلاة فعلى روايات أحدها لا ينقض، وبه قال أبو حنيفة وداود،^(٦) وفيه رواية أخرى : ينقض في حق الراكع والساجد خاصة، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى: ينقض بكل حال إلا الجالس المتمكن فلا ينتقض، وبه قال الشافعي^(٧) وجه الأولى : قوله ﷺ في حديث ابن عباس : «ليس الوضوء على من نام قائماً أو راکعاً أو ساجداً إنما الوضوء على من نام مضطجعاً، فإنه إذا

(١) جاء في الهداية: «يجوز فيه الحجر، وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه، لأن المقصود هو الإنقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون .. وقال الشافعي: لا بد من الثلاث». انظر: فتح القدير ، ٢١٣/١.

(٢) الروث: رجيع ذوات الحوافر .

(٣) الرمة: العظم البالي ، ومنه قوله تعالى: ﴿ من يحيي العظام وهي رميم ﴾.

(٤) الأم : ١٩/١ ، ومختصر البويطي : ٦ ب ، والحاوي : ٦٨٣/٢ ، وجاء في المذهب : ٥٩/١ : (وما ليس بظاهر كالروث والحجر النجس لا يجوز الاستنجاء به).

(٥) رواه مسلم : ٣٣٢/١ .

(٦) فتح القدير : ٤٨/١ وما بعدها . جاء في تحفة الفقهاء : ٢٢/١ : فأما النوم في غير هاتين الحالتين فينظر إن كان في حال الصلاة: لا يكون حدثاً كيفما كان وإن كان خارج الصلاة فإن كان قاعداً مستقراً على الأرض غير مستند إلى شيء لا يكون حدثاً...).

(٧) انظر: الأم : ١١/١ .. وقال المزني: النوم ينقض الوضوء مطلقاً.. انظر: مختصر المزني : ١٦/١.

نام مضطجعاً استرخت مفاصله»^(١)، وقوله ﷺ لحذيفة وقد ذرفت عينه في الصلاة «ليس من هذا وضوء إلا أن تضع جنبك بالأرض»^(٢). وفي حديث أنس: إذا نام العبد في صلاته باها الله تعالى ملائكته يقول: «ياملائكتي عبدي روحه عندي وجسده في طاعتي»^(٣)، ويروى ساجد، ويروى بين يدي، ولأنه نام يسيراً على حالة من أحوال الصلاة لغير عذر فأشبهه الجالس والقائم على ملك خاصة.

٣٢- مسألة: لمس النساء بشهوة ينقض، وبه قال مالك،^(٤) وقال أبو حنيفة: لا ينقض بحال،^(٥) وقال الشافعي: ينقض بكل حال،^(٦) وعن أحمد مثل هذين المذهبين وجه الأولي:^(٧) وانه ينقض خلافاً لأبي حنيفة قوله تعالى: ﴿أو لامستم النساء﴾ الآية. وحقيقة اللمس إلتقاء بشرتين ثم يتنوع، فما كان بالفم سمي قبلة، وما كان بالفرج سمي وطئاً، وما كان باليد سمي لمساً، وأيضاً قوله للذي ذكر أنه لقي امرأة فنال منها ما ينال الرجل من امرأته إلا الجماع:

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب في الوضوء من النوم: ٤٦/١، والترمذي في جامعه، أبواب الطهارة، باب الوضوء من النوم: ١٠٣/١، وأحمد في مسنده: ٢٥٦/١، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الطهارة، باب ما ورد في نوم الساجد: ١٢١/١.

(٢) لم أقف عليه.

(٣) رواه أحمد في الزهد: ص ٣٩٥، قال الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة: ٣٧٠/١ رقم ٩٥٣: «سنده في الزهد صحيح، فرجع الإسناد إلى أنه من مرسل الحسن البصري فهو علته».

مراسيل الحسن البصري ضعيفة.

(٤) يشترط المالكية في اللمس الناقض للوضوء:

١- أن يكون اللامس بالغاً

٢- وأن يكون الملموس ممن يشتهي عادة.

٣- وأن يقصد اللامس اللذة.

انظر: الدسوقي: ١١٩/١.

(٥) تحفة الفقهاء: ١٦/١، المنهاج: ص ٤، والمهذب: ٣٠/١.

(٦) الوجيز: ١٦/١، المنهاج: ص ٤، المهذب: ٥١/١ حيث جاء فيه: (وأما لمس النساء فإنه ينقض الوضوء).

(٧) ودليلنا معشر الحنابلة على مالك رضي الله عنه على نقض الوضوء في هذه الحالة.

«توضاً وصل ركعتين»^(١)، ولأنه لمس يوجب الفدية أو يحرم الرببية فأشبهه الملامسة بالفرج.

فصل : والدلالة على أنه لا يبطل لغير شهوة خلافاً للشافعي ما روي : أن النبي ﷺ «قَبِلَ عائشة وصلى ولم يتوضأ»^(٢)، ولأنه لمس لا يوجب فدية ولا يحرم الرببية فأشبهه وراء الحائل.

٣٣- مسألة : مس الذكر ينقض، وبه قال أكثرهم ، وفي رواية : لا ينقض. قال أبو حنيفة^(٣) وجه الأولى : قوله ﷺ في حديث أبي هريرة «من مس ذكره فليتوضأ»^(٤) وروي : «من مس فرجه»، ولأنه مسه بآلة مسته فأشبهه الملامسة بالفرج .

فصل : ولا فرق بين باطن الكف أو ظهره وبه قال مالك وداود،^(٥) وفيه رواية أخرى أنه يختص بباطن الكف، وبه قال الشافعي^(٦) وجه الأولى : ما نقل من الخبر^(٧) ، ولأنه لمس ينقض بباطن الكف كذلك بظهره كمس النساء .

(١) أخرجه البخاري: ١٩٦/١، ومسلم: ١١٥/٤، وأبو داود: ١٦٠/٤، والترمذي: ٢٩١/٥.

(٢) انظر : جامع الترمذي : ٣٩/١ ، وسنن أبي داود : ١٤٦/١ .

(٣) تحفة الفقهاء : ٣٥/١ ، ومختصر الطحاوي : ص ١١٩ .

(٤) انظر : ابن ماجه : ١٦٠/١ ، والترمذي : ١٢٦/١ ، والنسائي : ١٠٠/١ ، والموطأ : ٤٢/١ .

(٥) الدسوقي : ١٢١/١ . قال الشيرازي : (وأما مس الفرج فإنه إن كان بباطن الكف نقض الوضوء وإن كان بظهر الكف لم ينتقض الوضوء).

(٦) انظر : الأم ١١٩/١ ، ومختصر البويطي ، وفتح العزيز : ٧٣/٢ . كما جاء في المذهب : ٥٢/١ : (وإن مس حلقة الدبر انتقض وضوءه ، وحكى ابن القاضي قولاً أنه لا ينتقض وهو غير مشهور).

(٧) اختلفت الرواية عن أحمد في مس الذكر على ثلاث روايات: أحدها لا ينقض بحال. روى ذلك عن علي، وعمار، وابن مسعود، وحذيفة، وعمران بن حصين، وأبي الدرداء، وهو قول ربيعة، والثوري، وابن المنذر، وأصحاب الرأي . انتهى من شرح الإقناع.

٣٤- مسألة: مس الدبر ينقض الوضوء ، وبه قال مالك ، وفيه رواية أخرى : لا ينقض^(١) وعن الشافعي كالمذهبين.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ: «من مس فرجه فليتوضأ»^(٣) ولأنه أحد السبيلين فأشبهه القبل.

٣٥- مسألة: خروج الأشياء النادرة تنقض ، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لمالك.^(٥) دليلنا: قوله ﷺ للمستحاضة : «إنما ذلك دم عرق فتوضئ لكل صلاة»^(٦) ولأنه خارج من السبيل المعتاد فأشبهه البول والمذي، ببيان ذلك وإن المني نادر كالاستحاضة حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه : «كنت رجل مذاء».

٣٦- مسألة: خروج النجاسات من غير السبيلين تنقض الوضوء ، وبه قال أبوحنيفة^(٧) خلافاً لمالك والشافعي.^(٨) دليلنا: قوله ﷺ في حديث عائشة^(٩) «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف فليتوضأ» ، ولأنها نوع نجاسة خارجة من البدن فجاز أن يتعلق بها نقض الوضوء كالبول والغائط وإذا خرجت من السبيلين .

فصل: ولا يتعلق باليسير خلافاً لأبي حنيفة^(١٠) دليلنا: قوله ﷺ في حديث

(١) جاء في الدسوقي: ١٣٣/١ : (لا ينقض الوضوء بمس دبر ما لم يتلذذ، فإن التذ بالفعل انتقض).

(٢) الحاوي: ٨٠٠/٢ ، ١٦/١ .

(٣) سبق تخريجه .

(٤) الوسيط: ٤٠٦/١ ، الحاوي: ٧٢٢/٢ ، الأم: ١٤/١ .

(٥) الدسوقي: ١١٥/١ .

(٦) أخرجه أبو داود: ٢٠٩/١ .

(٧) تحفة الفقهاء: ٢٣/١ ، الهداية: ١٤/١ .

(٨) الوجيز: ١٥/١ ، المهذب: ٢٨/١ .

(٩) انظر: ابن ماجه: ٣٨٥/١ .

(١٠) قال الأحناف: خروج النجس من بدن الإنسان ينقض الطهارة كيفما كان. فتح القدير: ٣٨/١ .

أبي هريرة: ^(١) «ليس الوضوء من القطرة والقطرتين إنما الوضوء من كل دم سائل»، ولأنها نجاسة نادرة من غير السبيلين يسيرها لا ينقض كالقيء.

٣٧- مسألة: القهقهة ^(٢) لا تنقض الوضوء، وبه قال الفقهاء وداود، ^(٣) وقال

أبو حنيفة: إن كان في صلاة ذات ركوع وسجود نقض. ^(٤) دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر: ^(٥) «الضحك يبطل الصلاة ولا يبطل الوضوء»، ولأن ما لا يبطل الوضوء خارج الصلاة لا يبطله داخلها كالكلاب والتبسم وعكس ذلك الحدث.

٣٨- مسألة: أكل لحم الجزور ينقض الوضوء، ^(٦) وبه قال داود خلافاً لأكثرهم. ^(٧)

دليلنا: قوله ﷺ في حديث أسيد بن حضير وغيره: «توضؤا من لحوم الإبل ولا تتوضؤا من لحوم الغنم، وصلوا في مرابض الغنم، ولا تصلوا في مبارك الإبل»، ^(٨) ولأنها نوع عبادة تبطل بالحدث فجاز أن تبطل بالأكل كالصلاة.

٣٩- مسألة: تبطل الطهارات بالردة ^(٩) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قول ابن عباس:

(١) سنن الدارقطني؛ كتاب الطهارة، باب في الوضوء من الخارج من البدن: ١٥٧/١.

(٢) القهقهة: تكرار الضحك. انظر: مختار الصحاح مادة (قه)، وقال البهوتي: إن يضحك حتى يحصل من ضحكه حرفان.

(٣) الوجيز: ١٥/١، الأم: ٢١/١.

(٤) تحفة الفقهاء: ٣٩/١، القدوري: ص ٥، فتح القدير: ٥١/١.

(٥) انظر: الدارقطني: ١٧٢/١.

(٦) قال البهوتي: (والسابع أكل اللحم خاصة من الجزور - أي الإبل - فلا ينقض بقية أجزائها كالكبد وشرب لبنها وورق لحمها سواء كان نيئاً أم مطبوخاً.. قال أحمد: فيه حديثان صحيحان، حديث البراء وجابر بن سمرة) انظر: الروض المربع: ٤٠/١.

(٧) جاء في المهذب: ٥٣/١: (وكذلك أكل شيء من اللحم لا ينقض الوضوء وحكى ابن الوقاص قولاً آخر أن أكل لحوم الجزور ينقض الوضوء وليس بمشهور).

(٨) أخرجه أحمد في مسنده: ٣٥٢/٤، وابن ماجه في سننه، كتاب الطهارة، باب ما جاء في الوضوء من لحوم الإبل: ١٦٦/١.

(٩) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٦٩/١: (الردة عن الإسلام لقوله تعالى: «لئن أشركت ليحبطن عملك»).

«الحدث حدثان : حدث اللسان وحدث الفرج»، ولأنها عبادة تفتقر إلى نية فبطلت بالردة كسائر العبادات.

٤٠ - مسألة: غسل الميت ينقض الوضوء^(١) خلافاً لأكثرهم^(٢). دليلنا: ما روي عن ابن عباس وابن عمر أنهما كانا يأمران غاسل الميت بالوضوء، وعن أبي هريرة أنه قال : «أقل ما فيه الوضوء»، ولأن الغالب أنه لا يخلو أن تقع يده على فرجه، لأنه لا يتحفظ لنفسه فصار كالنوم لما كان الغالب منه الحدث نقض وإن لم يتحقق خروج الحدث ، وعكسه غسل الحي.

٤١ - مسألة: إذا تيقن الطهارة وشك^(٣) في الحدث لم يلزمه الطهارة، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لمالك في أحد الروايتين^(٥). دليلنا: أنه شك طراً على يقين الطهارة فلا يفسدها كما لو كان في الصلاة أو كان يعتريه كثيراً، أو كالطهارة من الأنجاس.

٤٢ - مسألة: يجب الغسل باللقاء^(٦) الختانيين، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود^(٧).

(١) راجع شرح منتهى الإرادات: ٦٩/١.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٥/١ (ثم تغميض الميت، وغسله، وحمل الجنازة، والكلام الفاحش وأكل ما مسته النار: لا ينقض الوضوء عند عامة العلماء، لأنه لم يوجد الحدث حقيقة أو حكماً).

(٣) الشك: خلاف اليقين.

(٤) شرح منتهى الإرادات: ٧٠/١، ومختصر المزني: ٢٠/١، والحاوي: ٨٤٤/٢، وفتح القدير: ٨٢/٢، وجاء في المذهب: ٥٣/١: (ومن تيقن الطهارة وشك في الحدث بنى على يقين الطهارة، لأن الطهارة يقين فلا يزال ذلك بالشك، ومن تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على يقين الحدث، لأن الحدث يقين فلا يزال بالشك).

(٥) جاء في الدسوقي: ١٢٢/١ (ونقض بشك في حدث بعد طهر علم .. هذا هو المشهور من المذهب. وقيل: لا ينتقض الوضوء بذلك، غاية الأمر أنه يستحب الوضوء فقط مراعاة لمن يقول بوجوبه).

(٦) المراد باللقاء الختانيين تقابلهما وتحاذيهما بتغيب الحشفة في الفرج.

(٧) المذهب: ٣٠/١، وشرح منتهى الإرادات: ٧٤/١.

دليلنا: قول عائشة : «إذا التقى الختانان وجب الغسل أنزل أو لم ينزل فعلته أنا ورسول الله فَاغْتَسَلْنَا»^(١) وقوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «إذا قعد بين شعبها الأربع وألصق الختان بالختان وجب الغسل أنزل أو لم ينزل»^(٢)، ولأنه حكم يتعلق بالإيلاج إذا أنزل فتعلق به وإن لم ينزل كالحذ وغيره من الأحكام.

فصل : فإن أولج في بهيمة فعليه الغسل وإن لم ينزل، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة.^(٤) دليلنا: أنه أحد نوعي الحيوان فاستوى في فرجه الإنزال وعدمه كالآدمية.

٤٣- مسألة : إذا خرج بقية المنى متسبباً فلا غسل عليه، وبه قال مالك وأبو يوسف،^(٥) وقال أبو حنيفة : إن كان قبل البول أعاد الغسل، وقال الشافعي : يعد بكل حال ، وعن أحمد نحوهما . دليلنا : أنه منى خرج على غير الوجه المعتاد فأشبهه إذا خرج من جرحه ، ولأنه خارج لأعلى وجه الدفق والشهوة كما لو خرج من ظهره .

٤٤- مسألة : إذا تلذذ بالكلام والنظر حتى أحس بانتقال المنى في ظهره فعليه الغسل ، خلافاً لأبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي .^(٦) دليلنا: أنه منى انتقل عن

(١) انظر : الترمذي : ١٨٠/١ ، ورواه الشافعي في الأم : ٣١/١ .

(٢) أخرجه البخاري : ١١٠/١ ، ومسلم : ٢١٧/١ ، وأبو داود : ٥٦/١ ، والترمذي : ١٨٠/١ .

(٣) جاء في شرح العناية على الهداية : ٦٤/١ : (بخلاف البهيمة فإنه لا يجب فيها الغسل بمجرد الإيلاج من غير إنزال ، وبخلاف ما دون الفرج وهو التفخيذ والتبطين ، فإنه لا يجب فيه الغسل إذا لم ينزل) .

(٤) جاء في تحفة الفقهاء : ٢٧/١ : (فأما الإيلاج في يوجب الغسل ما لم ينزل) .

(٥) الدسوقي : ١٢٨/١ ، تحفة الفقهاء : ٢٦/١ .

(٦) الغسل : إسم للإغتسال وهو لفه سيلان الماء على الشيء مطلقاً .. وشرعاً : سيلانه على جميع البدن مع النية .

محله على وجه الشهوة فأشبهه إذا ظهر متلذذ به ، يبين هذا إن اشتقاق الجنابة من المباحدة والمفارقة بقوله الكذب مجانب الإيمان وهذا قد فارق محله.

٤٥ - مسألة : الإسلام يوجب الغسل،^(١) وبه قال مالك^(٢) خلافاً لأكثرهم، وهو اختيار أبي بكر من أصحابنا. دليلنا: ما روى أحمد بإسناده : أن قيس بن عاصم أسلم «فأمره النبي ﷺ أن يغتسل بماء وسدر»^(٣)، وثمامة بن أثال لما أسلم أمره أن يغتسل وقال : « قد حسن إسلام صاحبكم ».^(٤)

٤٦ - مسألة : لا يجب إمرار يده على جسده في الطهارة الكبرى ، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لمالك.^(٦) دليلنا: قوله ﷺ لأم سلمة : «أما أنا فأحثو على رأسي وسائر جسدي ثلاث حثيات من ماء فإذا أنا قد طهرت»،^(٧) ولأنه أجرى الطهور على أعضاء الطهارة بالنية فأشبهه إذا أمر يده.

٤٧ - مسألة : يجب إيصال الماء إلى باطن اللحية في الطهارة الكبرى ، وبه

(١) قال البيهقي : (الرابع: إسلام كافر ذكراً أو أنثى لحديث قيس بن عاصم : «أنه أسلم فأمره النبي ﷺ أن يغتسل بماء وسدر»). انظر: شرح منتهى الإرادات: ٧٦/١. قال ابن قدامة: (والثالث: إسلام الكافر، وفيه روايتان: إحداهما: يوجب الغسل، إختارها الخرقى).

(٢) حاشية الدسوقي: ١٣١/١.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٧١/١ ، والطبراني في المعجم الكبير: ٣٣٨/٨.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: ٤٨٣/٢ ، وابن حبان في صحيحه: ٤١/٤.

(٥) جاء في مغني المحتاج ج١، ص ٧٤ (ويدلك ما وصلت إليه يده من بدنه إحتياطاً وخروجاً من خلاف من أوجبه ، وإنما لم يجب عندنا، لأن الآية والأحاديث ليس فيها تعرض لوجوبه) وجاء في شرح منتهى الإرادات : ج١، ص ٨٠ (ويدلكه - أي جسده - استحباباً ليصل الماء إليه وليس بواجب).

(٦) الدسوقي : ج١، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه: ١١٤/١.

قال أكثرهم^(١) خلافاً لما لك^(٢) . دليلنا: قوله ﷺ : «تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وانقوا البشر»^(٣) ، ولأنه شعر فأشبهه شعور البدن .

٤٨ - مسألة : لا يتوضأ الرجل بفضل وضوء المرأة خلافاً لأكثرهم^(٤) . دليلنا: قوله ﷺ في حديث الحكم بن عمرو : «ولا يتوضأ الرجل بفضل وضوء المرأة»^(٥) وروي من فضل سؤرها ، وروي نهى أن يغتسل من فضل سؤرها وأن تغتسل من فضل سؤره ويغترقان جميعاً .

(١) شرح منتهى الإرادات : ٨٠/١ . وقال الرافعي في المحرر : ٦١/١ : (ويجب إيصال الماء إلى منابت الشعر وإن كثفت) .

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير : ج ١ ، ص ١٢٦ وما بعدها .

(٣) أخرجه الترمذي : ١٧٨/١ ، والبيهقي في السنن : ١٧٥/١ .

(٤) قال ابن قدامة : (وللرجل التطهر بفضل ظهور المرأة ما لم تخل به ، فإن خلّت به ففيه روايتان ، إحداهما : يجوز أيضاً... والثانية : لا يجوز للرجل التطهر به) . انظر : الكافي : ٦١/١ .

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه ، كتاب أبواب الطهارة ، باب في كراهية فضل ظهور المرأة ؛ انظر : عارضة الأحوذى : ٨٢/١ ، وأبو داود في سننه ، كتاب الطهارة ، باب النهي عن الوضوء بفضل المرأة : ١٩/١ ، وابن ماجه في سننه ، كتاب الطهارة ، باب النهي عن الوضوء بفضل وضوء المرأة : ١٣٢/١ ، وأحمد في مسنده : ٢١٣/٤ ، ٦٦/٥ .

كتاب التيمم^(١)

٤٩ - مسألة: يجوز للمتيمم أن يقتصر على وجهه وكفيه بضربة واحدة ، وبه قال مالك وداود،^(٢) وقال أكثرهم : ضربتين،^(٣) إحداهما للبدن، والأخرى لليدين إلى المرفقين . دليلنا: قوله ﷺ في حديث عمار بن ياسر : «التيمم ضربة للوجه والكفين»^(٤)، وفي لفظ آخر رواه ابن بطة وغيره : ضربة واحدة للوجه والكفين من مفصل القطع للسارق ، ولأنه حكم علق باليد مطلقاً فتعلق بالكف كقطع السارق.

٥٠ - مسألة: لا يجوز التيمم بغير التراب كالنورة^(٥) والزرنيخ والجص ونحوهم، وبه قال الشافعي^(٦) وداود خلافاً لأكثرهم.^(٧) دليلنا: قوله ﷺ: «جعلت لي الأرض مسجداً وترابها طهوراً»^(٨)، ولأنه لا يقع عليه اسم التراب فهو كالدقيق.

- (١) التيمم في اللغة: القصد . وفي الشرع: استعمال تراب مخصوص أي طهور غير محترق له غبار لمسح وجه ويدين على وجه مخصوص ، شرح منتهى الإرادات : ٨٤/١ .
- (٢) الدسوقي : ١٥٥/١ ، حيث جاء فيه ولما فرغ من واجباته وهي النية وتعميم الوجه واليدين للكوعين واستعمال الصعيد الطاهر، ويعبر عنه بالضربة الأولى والموالة شرع في سنه
- (٣) الأم : ٤٢/١ ، ومختصر البويطي: ٧ أ ، والحاوي: ٩٤٨/٢ ، وفتح القدير: ١٢٤/١ ، جاء في الكافي لابن قدامة: ٦٢/١ : (والسنة أن يضرب بيديه الأرض ضربة واحدة) .
- (٤) البخاري : ٨٨/١ ، ومسلم : ٢٨٠/١ .
- (٥) الذي يحرق .
- (٦) الأم : ٥٠/١ ، جاء في المذهب: ٦٧/١ (ولا يجوز إلا بالتراب) .
- (٧) تحفة الفقهاء : ٨٠/١ ، وفتح القدير : ج١ ، ص ١٢٧ . وقد ورد في حاشية نسخة () : «قال مالك وأبو حنيفة: يجوز التيمم بغير التراب ، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: يجوز بكل ما تصاعد علي وجه الأرض من تراب» .
- (٨) أخرجه الإمام أحمد في مسنده : ٢٢٤/٢ ، ورواه مسلم في كتاب المساجد، حديث رقم ٤ .

٥١- مسألة: إذا ضرب بيده على حجر لا غبار عليه لم يجزه،^(١) وبه قال الشافعي وداود^(٢) خلافاً لأكثرهم.^(٣) دليلنا: أنها إحدى الطهارتين فكان من شرطها وصول الطهور إلى أعضاء الطهارة كالطهارة بالماء.

٥٢- مسألة: إذا نوى بتيممه صلاة النافلة لم يستبح الفرض،^(٤) وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة.^(٦) دليلنا: أنه لم ينو الفرض فأشبهه إذا لم ينو شيئاً، ولأنه نوى غير الفريضة فأشبهه إذا نوى الجنابة.

٥٣- مسألة: إذا نسي الجنابة وتيمم للحدث الأصغر لم يجزه عن الجنابة وبه قال مالك وهو اختيار الخرقى،^(٧) وقال الشافعي: يجزئه، وعن أصحاب أبي حنيفة كالمذهبيين. دليلنا: أنهما عبادتان يختلفان في الأصل فلا تجزئ الكبرى بنية الصغرى كالحج مع العمرة.^(٨)

٥٤- مسألة: إذا تيمم لفريضة فصلى بها فريضة بعد نافلة جاز،^(٩) وبه قال

(١) جاء في الكافي لابن قدامة: ٧٠/١: (ولا يجوز التيمم إلا بتراب طاهر له غبار يعلق باليد).

(٢) جاء في المهذب: ٦٧/١: (ولا يجوز إلا بتراب يعلق بالعضو).

(٣) جاء في الهداية: ١٢٩/١: (ثم لا يشترط أن يكون عليه غبار عند أبي حنيفة).

(٤) قال ابن قدامة: (فأما النية، فهو أن ينوي استباحة ما لا يباح إلا به، فإن نوى صلاة مكتوبة أبيح له سائر الأشياء لأنه تابع لها، فيدخل في نية المتبوع، وإن نوى نفلاً أو صلاة مطلقة، لم يبيح له الفرض، لأن التيمم لا يرفع الحدث وإنما تستباح به الصلاة). انظر: الكافي: ٦٤/١.

(٥) فتح العزيز: ٣٢٤/٢، الأم: ٤٠/١، المدونة: ج ١، ص ١٤٨ وما بعدها.

(٦) فتح القدير: ١٣١/١، جاء في تحفة الفقهاء: ٣٩/١ (فإن تيمم ونوى استباحة الصلاة أو نوى مطلق الطهارة أجزأه ويصح به أداء الصلوات كلها).

(٧) الدسوقي: ١٦٢/١، الكافي لابن قدامة: ٦٤/١.

(٨) ولأن ذلك لا يجوز في الماء وهو الأصل، ففي البدل أولى. انظر: الكافي: ٦٤/١.

(٩) الكافي: ٦٤/١.

أبو حنيفة،^(١) وقال مالك : إن قدم النافلة لم يصل بها فريضة،^(٢) وعن الشافعي كالمذهبيين.^(٣) دليلنا : أن كل طهارة صلى بها الفريضة قبل النافلة صلى بها الفريضة بعد النافلة كالطهارة بالماء.

٥٥ - مسألة: رؤية الماء في الصلاة تبطل التيمم،^(٤) وبه قال أبو حنيفة^(٥) إلا في صلاة الجنائز والعيدين، وقال مالك والشافعي : لا تبطل^(٦)، وعن أحمد نحوه. دليلنا: قوله ﷺ : «فإذا وجدت الماء فأمسسه جلدك»^(٧)، ولأن ما أبطل التيمم خارج الصلاة أبطله داخلها كسائر الأحداث ، ولأن رؤية الماء معني بيبطل طهارة قائمة مقام الغير فأشبهه ظهور القدمين وانقضاء مدة المسح ، وانقطاع دم الاستحاضة ، ويخص أبا حنيفة بالقياس على الصلوات الخمس.

٥٦ - مسألة: التيمم لوقت كل صلاة مفروضة ، وبه قال مالك،^(٨) وقال أبو حنيفة : لا يتوقت كالطهارة بالماء^(٩)، وقال الشافعي :^(١٠) يتوقت بكل صلاة مفروضة

(١) تحفة الفقهاء: ٣٩/١ وما بعدها، القدوري: ص ٥.

(٢) قال مالك : لا يصلي صلاتين بتيمم واحد، ولا يصلي نافلة ومكتوبة بتيمم واحد، إلا أن تكون نافلة بعد مكتوبة) انظر: المدونة: ٤٧/١.

(٣) وقال الشافعي: (يتيمم لكل صلاة فرض، ويصلي النافلة والفرض وصلاة الجنائز بتيمم واحد). انظر: المزني: ص ٧، المجموع: ٣٤٥/٢.

(٤) الروض المربع : ج ١، ص ٤٩.

(٥) مختصر الطحاوي: ص ١٢١، وبدائع الصنائع: ٢٠٩/١، وفتح القدير: ١٣٣/١

(٦) المجموع : ج ٢، ص ٢-٣، الأم : ٤١/١، الوسيط للغزالي : ٤٥/١

(٧) أخرجه الترمذي : ٢١١/١ .

(٨) جاء في المدونة: ١٤٥/١: (في المسافر والمريض والخائف لا يتيممون إلا في وسط الوقت، وإن يتيمموا فصلوا ثم وجدوا الماء في الوقت، قال: أما المسافر فلا يعيد وإنما المريض والخائف فعليهما الإعادة).

(٩) تحفة الفقهاء: ٤٣/١ جاء فيه: (وقال: أحب إلي أن يؤخر الصلاة لآخر الوقت).

(١٠) فتح العزيز: ٣٤١/٢، الحاوي: ٩٩/٢، الأم : ٤٠/١، والمهذب: ٤٣/١ .

لا بوقتها ، وعن أحمد نحوهما. ^(١) دليلنا: على أبي حنيفة : أنها طهارة عذر، أو طهارة لا ترفع الحدث، فهي كطهارة المستحاضة ولا يلزم الجبائر والخفين لأنهما يرفعان الحدث ، ولأن العذر هناك في البعض، ونخص الشافعي بأنه : مسح قائم مقام الغسل فجاز أن يصلي به فرضين كالمسح على الخفين.

٥٧- مسألة: التيمم لا يرفع الحدث، وبه قال أكثرهم ^(٢) خلافاً لداود. دليلنا: قوله ﷺ لعمر بن العاص وقد تيمم : «أصليت بأصحابك وأنت جنب فقال: سمعت الله تعالى يقول : ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾» ^(٣) فسماهجنباً، ولأنه لو ارتفع حدثه لما لزمه استعمال الماء عند وجوده على حسب حدثه السابق كالمستعمل للماء، وقد قالوا : إن كان جنباً اغتسل ، أو محدثاً توضأ فبطل ما قالوه. ^(٤)

٥٨- مسألة: لا يصح التيمم للفريضة قبل دخولها، وبه قال أكثرهم ^(٥) وقال أبوحنيفة : يجوز، ^(٦) وعن أحمد مثله بناءً على قوله : لا يتوقت لتيمم كالماء. دليلنا: أنه تيمم وهو مستغني عن التيمم فأشبهه إذا تيمم مع وجود الماء.

٥٩- مسألة: طلب الماء شرط في صحة التيمم ، وبه قال أكثرهم ^(٧) خلافاً

(١) الكافي لابن قدامة : ٦٧/١ .

(٢) شرح منتهى الإرادات: ٨٥/١ ، حيث جاء فيه: (وهو مبيح لا رافع للحدث)، وجاء في حاشية الدسوقي: ١٥٤/١ : (ولا يرفع التيمم الحدث على المشهور وإنما يبيح العبادة).

(٣) سورة النساء : آية: ٢٩. والحديث أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٢٣٤/١١ .

(٤) الأم: ٣٩/١ ، ومختصر المزني: ٣٣/١ ، وشرح منتهى الإرادات: ١٠٩/١ .

(٥) جاء في المذهب: ٦٩/١ : (ولا يجوز التيمم للمكتوبة إلا بعد دخول الوقت؛ لأنه قبل دخول الوقت مستغن عن التيمم فلم يصح تيممه). الأم: ٤٩/١ ، شرح منتهى الإرادات: ١٠٩/١ .

(٦) انظر: البدائع: ١٨٠/١ ، المبسوط: ١٠٩/١ : جاء في المذهب الحنفي: (يجوز التيمم قبل دخول الوقت).

(٧) المذهب: ٢٦١/٢ ، والوجيز: ٢٢/١ .

لأبي حنيفة^(١) وإحدى الروایتين . دليلنا : قوله تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماءً فتيّموا ﴾^(٢) ولا يقال قبل الطلب ما وجد كما لا يقال ذلك فيمن لم يطلب الرقبة في الكفارة ، ولا النص في الجواب ، ولا القبلة عند الاشتباه ، ولأنه مبدل يجب طلبه إذا غلب الظن وجوده كذلك وإن لم يغلب كهذه الأصول .

٦٠ - مسألة : المحبوس في المصر إذا لم يجد الماء تيمم وصلى ، وبه قال أكثرهم ،^(٣) وقال أبو حنيفة في أحد الروایتين : لا يصلي .^(٤) دليلنا : قوله ﷺ لأبي ذر : « التراب كافيك ما لم تجد الماء ولو عشر سنين »^(٥) وكان ذلك مقيم بالربذة وقال له إنا نعدم الماء الست والسبع ، ولأنه يلزمه استعمال الماء مع القدرة عليه فلزمه التراب عند العجز كالمسافر والمريض .

فصل : ولا إعادة عليه^(٦) خلافاً لأبي حنيفة على الرواية التي يجوز الصلاة بتيمم إنه يعيد ، وبه قال الشافعي ، ويتخرج على المذهب مثله . دليلنا : ما تقدم من حديث أبي ذر ، ولأنه صلى بطهارة مأمور بها فهو كالمرضى والمسافر .

٦١ - مسألة : إذا عدم الماء والتراب صلى ، وفي الإعادة روايتان ، وعن مالك

(١) بدائع الصنائع : ٢٠٢/١ ، والمبسوط : ١٠٩/١ .

(٢) سورة المائدة : الآية : ٦ .

(٣) الروض المربع : ص ٤٦ ، المذهب : ٧٠/١ .

(٤) تحفة الفقهاء : ج ١ ، ص ٣٨ وما بعدها .

(٥) لفظ الحديث « الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين » أخرجه الترمذي في سننه : ٢١١/١ ، وأبو داود في سننه : ١٧١/١ ، وأحمد في المسند : ١٨١/٥ .

(٦) جاء في الروض المربع : ٤٧/١ : (أو حبس في مصر فلم يصل للماء ، أو حبس عنه الماء فتيمم أجزأه وصلى الفرض فقط على حسب حاله ولم يعد ، لأنه أتى بما أمر به فخرج من عهده) .

نحوه^(١) وقال أبو حنيفة : لا يصلي^(٢) وقال الشافعي : يصلي ويعيد^(٣).
دليلنا : إنه شرط من شرائط الصلاة فالعجز عنه لا يسقط كالاستارة والتوجه ونحوهما .

فصل : والدلالة على الإعادة أنها نوع طهره عجز عن البذل فيها والمبذل ، فجاز أن لا يسقط الفرض عن ذمته كالكفارات ولا يلزم كفارة الوطء في رمضان ، لأنه بعض النوع .

٦٢ - مسألة : إذا خاف المريض الزيادة في المرض والتباطئ في البرد من استعمال الماء جاز له التيمم وبه قال أكثرهم ، وقال الشافعي في أحد قوليه : حتى يخاف التلف^(٤) وعن أحمد نحوه . دليلنا : عموم قوله ﴿ وإن كنتم مرضى ﴾^(٥) إلى قوله : ﴿ فتيمموا ﴾ ، ولأنه يخاف الضرر فأشبهه إذا خاف التلف ، ولأنهم قالوا لا يلزمه إدخال الضرر على ماله فلا يشتري الماء بأكثر من ثمنه كذلك في بدنه بل هذا مؤكد .

٦٣ - مسألة : إذا تيمم لشدة البرد وصلى فلا إعادة عليه ، وبه قال أبو حنيفة^(٦)

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد : ٧١/١ جاء فيه : (وفي الإعادة روايتان ، إحداهما : لا تلزمه ، والثانية تلزمه) ، والروض المربع : ٤٧/١ .

(٢) ابن عابدين : ٢٥٣/١ ، وبدائع الصنائع : ٥٠/١ .

(٣) جاء في مغني المحتاج : ١٠٥/١ : (ومن لم يجد ماء ولا تراباً لزمه في الجديد أن يصلي الفرض ويعيد) . وجاء في المذهب : ٧١/١ : (وإن لم يجد ماء ولا تراباً صلى على حسب حاله وأعاد الصلاة ، لأن الطهارة شرط من شروط الصلاة ، فالعجز عنها لا يبيح ترك الصلاة كستر العورة وإزالة النجاسة) .

(٤) مغني المحتاج : ٩٣/١ ، جاء في المذهب : ٧١/١ : (فإن خاف التلف من استعمال الماء جاز له التيمم) .

(٥) سورة المائدة : آية : ٦ .

(٦) انظر الأصل : ١٠٧/١ ، المدونة : ١٤٨/١ ، الأم : ٤٢/١ .

وقال الشافعي : المقيم يعيد، وفي المسافر قولان.^(١) دليلنا: أن النبي ﷺ لم يأمر عمرو بن العاص بالإعادة^(٢) وهذا وإن كان في سفر، إلا أنه علل بخوف التلف وهذا موجود في الحضر، ولأنه مأمور بالصلاة بالتيمم فأشبهه المريض والمسافر .

٦٤- مسألة : إذا كان بعض بدنه صحيحاً وبعضه جريحاً غسل الصحيح وتيمم للجريح وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبو حنيفة ومالك : إن كان الأكثر صحيحاً غسله وسقط حكم الجريح وهكذا إن كان الأكثر جريحاً يتيمم له وسقط حكم الصحيح.^(٤) دليلنا: ما روى جابر بن عبد الله أن رجلاً من المسلمين أصابه جرح ثم أجنب فسأل هل لي رخصة : فقالوا: لا إلا الغسل ، فاغتسل فمات. فبلغ النبي ﷺ فقال : قتلوه قتلهم الله ألا سألوا إذا لم يعلموا فإنما شفاء العي السؤال إنما كان يجزيه أن يتيمم ويعصب على جرحه ثم يمسح عليه ويغسل سائر جسده» ،^(٥) ولأن تعذر الطهور في بعض أماكنه لا يسقط فرض ممكنه كما لو قُطِعَ بعض الأعضاء.

فصل : إذا كان على جرحه نجاسة لا يعفى عنها فلا إعادة عليه، وبه قال أبو حنيفة^(٦)، وقال الشافعي : عليه الإعادة^(٧)، وقد خرج له كمذهبنا . دليلنا: أنه

(١) الأم : ٣٧/١ ، والحاوي : ١٠٧/٢ ، المذهب : ٧٢/١

(٢) سنن أبي داود : ٢٣٨/١ .

(٣) مغني المحتاج : ٩٤/١

(٤) الأصل : ٥٥/١ ، المدونة : ٣٢/١ ، جاء في مختصر اختلاف الفقهاء : ١٥٢/١ : (قال أصحابنا : إن كان ذلك عاماً في جسده تيمم ، وإن كان في الأقل غسل ما قدر عليه ويمسح عن الباقي إن أمكنه وإلا تركه ، وهو قول مالك) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الطهارة ، باب في المجروح يتيمم : ٨٢/١ .

(٦) الكافي : ٦٤/١ .

(٧) المذهب : ج ١ ، ص ٧٠ وما بعدها .

غير قادر على إزالة النجاسة مع وجود ما يزيلها فهو كالمستحاضة.

٦٤- مسألة: يتيمم للنجاسة كما يتيمم للحدث،^(١) وقال أكثرهم لا يتيمم لها إلا أن أبا حنيفة يمنعه الصلاة، والشافعي يأمره بالصلاة ثم يعيدها، فالدلالة عليها أنها إحدى الطهارتين فأشبه الطهارة من الحدث، ولأنها نجاسة على البدن فكان للحامل بها مدخل كالتيمم في السبيلين.

٦٥- مسألة: إذا كان معه من الماء ما لا يكفيه لجميع بدنه غسل البعض وتيمم للباقي^(٢)، وقال أبو حنيفة ومالك: يتيمم للجميع،^(٣) وعن الشافعي وأصحاب الظاهر كالمذهبيين^(٤) دليلنا: قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾^(٥) وهذا واجد للماء، ولأن الطهارة بالماء شرط من شرائط الصلاة فالعجز عن بعضه لا يسقطه كالستارة.

٦٦- مسألة: لا تختلف الرواية أنه لا يتيمم لصلاة العيدين مع قدرته على الماء، واختلف في صلاة الجنازة، والأشهر المنع، وبه قال أكثرهم،^(٦) وقال أبو حنيفة: يتيمم.^(٧) دليلنا: أن كل صلاة لا يتيمم لها إذا لم يخف قواتها لم

(١) قال ابن قدامة: ٦٤/١: (ويجوز التيمم للنجاسة على البدن، لأن الطهارة مشترطة للصلاة فتاب فيها التيمم كطهارة الحدث، واختار أبو الخطاب أنه يلزمه الإعادة).

(٢) جاء في الروض المربع: ٤٦/١: (ومن وجد ماء يكفي بعض طهوره من حدث أكبر أو أصغر تيمم بعد استعماله، ولا يتيمم قبله).

(٣) المبسوط: ١١٣/١، بدائع البدائع: ١٨٤/١.

(٤) الوجيز: ١٩/١، مختصر المزني: ص ٧، وجاء في المذهب: ٧٠/١: (وإن وجد بعض ما يكفيه للطهارة ففيه قولان: قال في الأم: (يلزمه استعمال ما معه ثم يتيمم.. لأنه مسح أبيح للضرورة فلا ينوب إلا في موضع الضرورة كالمسح على الجبيرة) وقال في القديم والإملاء: يقتصر على التيمم).

(٥) سورة المائدة: الآية: ٦.

(٦) الوجيز: ١٨/١، المذهب: ٤١/١.

(٧) تحفة الفقهاء: ٣٩/١.

يتيمم، وإن خاف كالجمعة تبين هذا أن تلك فريضة على الأعيان وهذه بخلافه.

٦٨- مسألة: إذا وجد الماء وخاف إن استعمله فات الفرض وجب استعماله، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لإحدى الروایتين عن مالك: أنه يصلي بتيمم ويعيد. دليلنا: أنه شرط من شرائط الصلاة فلا يسقط بضيق الوقت كالطلب للقبلة.

٦٩- مسألة: إذا كان يرجو وجود الماء استحب له التأخير إلى آخر الوقت،^(٢) وبه قال أبو حنيفة،^(٣) وقال الشافعي في أحد قوليه: يستحب التعجل،^(٤) وحكي عن مالك: يؤخر إلى وسط الوقت.^(٥) دليلنا: أنه يرجو وجود الماء فأشبهه إذا تيقنه.

٧٠- مسألة: إذا نسي الماء في رحله وصلى ثم ذكر فعله الإعادة^(٦) خلافاً لأبي حنيفة وداود^(٧) والشافعي في أحد القولين، ومالك في أحد الروایتين.^(٨) دليلنا: إنها إحدى الطهارتين فلا تسقط بالسهو كما لو نسي أصل الطهارة، ولأنه لو نسي الركوع والسجود والقراءة ثم ذكر كان عليه الإعادة، وكذلك إذا

(١) انظر: مختصر الطحاوي: ص ٢٠، الهداية: ٢٧/١، المجموع: ٢٨١/٢.

(٢) جاء في الكافي: ٦٧/١ (والأفضل تأخير التيمم إلى آخر الوقت إن رجا وجود الماء لقول علي رضي الله عنه في الجنب: يتلوم ما بينه، وبين آخر الوقت).

(٣) فتح القدير: ١٣٥/١.

(٤) مغني المحتاج: ٨٩/١.

(٥) حاشية الدسوقي: ١٥٧/١.

(٦) قال ابن قدامة: (فإن علم أن في رحله ماء نسيه، فعله الإعادة، لأنها طهارة واجبة فلم تسقط بالنسيان، كما لو نسي عضواً لم يغسله). انظر: الكافي: ٦٧/١.

(٧) بدائع الصنائع: ١٩٠/١ حيث استدلل بقوله تعالى: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾. سورة البقرة: آية: ٢٨٦.

(٨) الأم: ٤٦/١، وجاء في المذهب: ٧١/١: (فإن تيمم وصلى ثم علم أنه كان في رحله ماء نسيه لم تصح صلاته وعليه الإعادة على المنصوص، لأنها طهارة واجبة فلا تسقط بالنسيان .. وروى أبو ثور عن الشافعي أنه قال: تصح صلاته ولا إعادة عليه، لأن النسيان عذر حال بينه وبين الماء فسقط الفرض بالتيمم).

ذكر في الصلاة ، وكذلك إذا نسي الرقبة في الكفارات على قول بعضهم وجبت الإعادة كذلك هاهنا .

٧- مسألة : المتيمم إذا خلع خفيه انتقض تييمه خلافاً لأكثرهم.^(١) دليلنا : أن ما أبطل الطهارة بالماء أبطل التيمم كالحدث .

٧- مسألة : إذا وجد الماء بزيادة على ثمن مثله مما لا يجحف بماله لزمه الشراء ، وحكي عن مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يلزمه.^(٢) دليلنا : أنها زيادة لا تجحف بماله فأشبهه ما لا يتغابن به الناس .

٧- مسألة : إذا مسح على الجبائر وصلى فلا إعادة عليه، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحد قولي الشافعي.^(٣) دليلنا : أن النبي ﷺ «أمر علي بن أبي طالب بالمسح عليها ولم يأمره بالإعادة»^(٤)، ولأنه مسح قائم مقام الغسل فأشبهه مسح الخفين والتيمم .

٧- مسألة : من شرط المسح على الجبائر أن يتقدمه طهارة، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لمالك وإحدى الروايتين.^(٦) دليلنا : أنه مسح على حائل فهو كمسح الخفين .

(١) الكافي لابن قدامة : ٦٩/١ .

(٢) قال ابن قدامة : (وإن وجد ماء يباع بثمن المثل أو بزيادة غير محجفة بماله، وهو واجد للثمن غير محتاج إليه لزمه شراؤه) انظر: الكافي : ٦٦/١ المذهب : ٧٠/١ .

(٣) المذهب : ٧٥/١ .

(٤) عن علي بن أبي طالب قال : «انكسرت إحدى زندي فسألت النبي ﷺ فأمرني أن أمسح على الجبائر» . أخرجه ابن ماجه في سننه : ٢١٥/١ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٢٢٨/١ ، والدارقطني في سننه : ٢٢٦/١ .

(٥) جاء في المذهب : ج١ ، ص ٧٥ : (فإن كان قد وضع الجبائر على غير طهر لزمه إعادة الصلاة، وإن كان قد وضع على طهر ففيه قولان، أحدهما : لا يلزمه كما لا يلزم مسح الخف، والثاني : يلزمه ، لأنه ترك غسل العضو لعذر نادر غير متصل) . تحفة الفقهاء : ٩٢/١ .

(٦) انظر : المدونة : ١٤٧/١ .

٧٥- مسألة : الماء المستعمل في رفع الأحداث طاهر،^(١) وبه قال أكثرهم، خلافاً لإحدى الروایتين عن أبي حنيفة.^(٢) دليلنا: قول جابر بن عبد الله: «دخل علي رسول الله ﷺ وأنا مريض لا أعقل فتوضأ وصب علي من وضوئه»^(٣)، وروي أن الصحابة كانوا يتبادرون إلى فضل وضوء رسول الله ﷺ فيمسحون به وجوههم وأيديهم ، ولأنه ماء طاهر لاقى محلاً طاهراً فأشبهه المتبرد به.

فصل : ولا يكون مطهراً، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك وداود.^(٤) دليلنا: أنه قد أدى به الفريضة على طريق الإلتلاف فلا يؤدي به فريضة أخرى كالرقبة المخرجة عن كفارة.

٧٦- مسألة : الكلب والخنزير نجسان ويغسل الإناء من ولوغهما عن نجس^(٥) وبه قال أكثرهم ، وقال مالك وداود : هما طاهران والغسل تعبداً لا عن نجس.^(٦) دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : « طهور إناء أحذكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبعاً إحداهن بالتراب»^(٧)، فعلق طهارته بالغسل، ولأنه إناء وجب غسله لما حل فيه فكان نجساً كما لو وقع فيه بول.

(١) جاء في الكافي لابن قدامة: ٥/١ : (فصل: فإن استعمل في رفع الحدث فهو طاهر)
(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٧٧/١ : (ذكر في طاهر الرواية أنه لا يجوز التوضي به، ولم يذكر أنه طاهر أم نجس .. وروى محمد عن أبي حنيفة أنه طاهر غير طهور به، وبه أخذ محمد وهو أحد قولي الشافعي ... ، وقال مالك: طاهر طهور).
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٨٢/١ ، ومسلم في صحيحه: ١٢٣٤/٣ ، وأبو داود في سننه: ١١٩/٣ .

(٤) تحفة الفقهاء: ٧٧/١ ، المدونة: ١٤٧/١ .
(٥) جاء في الكافي: ١٤/١ : (القسم الثاني نجس وهو الكلب والخنزير وما تولد منهما...) . تحفة الفقهاء: ٥٣/١ .

(٦) ائمدونة الكبرى: ١١٥/١ .
(٧) أخرجه البخاري في صحيحه: ٧٥/١ ، ومسلم في صحيحه: ٢٣٤/١ ، وأبو داود في سننه: ١٩/١ .

٧- مسألة: ويجب العدد في غسله ^(١) وبه قال أكثرهم ، وقال أبو حنيفة : يجب ما يغلب على الظن طهارته به . دليلنا : ما تقدم من الخبر ، ولأنه عدد ورد الشرع به من جنس فاستوى أوله وآخره كرمي الجمار .

فصل : ويكون سبعاً ، وبه قال مالك والشافعي ، وفيه رواية أخرى ثمانية ، والأولى أصح للحديث المذكور .

فصل : فإن أدخل جزءاً من يديه فهو كولوغه ، وبه قال أكثرهم ، وقال مالك وداود : لا يجب هناك غسل . دليلنا : أن نصه على الولوغ ينبه على بقية أجزائه لمساواته في أنه جزء منه ، ولأنه يمكن التحرز منه والولوغ بخلافه فهو بالتطهير أولى .

فصل : والخنزير في ذلك بمنزلة الكلب ، وبه قال أكثرهم ^(٢) وقال مالك في إحدى روايته : إن ذلك يختص بالكلب ^(٣) دليلنا : أن نصه على الكلب ينبه على الخنزير ، لأنه منتفع به ومختلف في بيعه والخنزير بخلافه .

٧- مسألة: يجب العدد في غسل سائر النجاسات سبعاً ، وفيه رواية أخرى ثلاثاً ، وفي رواية أخرى دفعة ، وبها قال أكثرهم وجه الأولى : قول ابن عمر : «أمرنا أن نغسل الأنجاس سبعاً» ، ولأنها نوع نجاسة فاعتبر فيها العدد مثل نجاسة الكلب والخنزير بل تلك أخف ، لأنها مختلف في كونها نجاسة .

(١) المذهب : ٦٥/١

(٢) جاء في الكافي : ٨٩/١ : (ولا يختلف المذهب في نجاسة الكلب والخنزير وما تولد منهما ، إذا أصابت غير الأرض أنه يجب غسلها سبعاً إحداهن بالتراب) ، انظر : مغني المحتاج : ٨٣/١ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٨٣/١ ، والكافي لابن عبد البر : ١٦١/١ ، والشرح الصغير : ١٧/١ ، والتاج والأكليل : ٩١/١ ، وقال النووي : (اعلم أن الراجح من حيث الدليل أنه يكفي غسلة واحدة بلا تراب ، وبه قال أكثر الفقهاء) المذهب : ٥٦/١ ، والمجموع : ٥٨٦/٢ .

٧٩- مسألة: أسوار سباع البهائم^(١) نجسة، وبه قال أبو حنيفة،^(٢) وفيه رواية أخرى: أنها طاهرة، وبه قال أكثرهم^(٣) وجه الأولى: قوله ﷺ في حديث ابن عمر، وقد سئل النبي عن الماء يكون بأرض فلاة وما يأويه من الدواب والسباع فقال: «إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث»^(٤) ولأنه حيوان حرم أكله لا لحرمته يمكن التحرز منه غالباً فأشبهه الكلب والخنزير.

٨٠- مسألة: سؤر البغل والحمار الأهلي نجس، وفيه رواية أخرى: أنه مشكوك فيه^(٥) يتوضأ به ويتيمم، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: إنه طاهر. دليلنا: ما روي عن ابن عباس أنه قال: «كنت ردف رسول الله ﷺ فأصاب ثوبي من عرق الحمار فأمرني بغسله»، وقوله ﷺ في حديث أنس يوم خيبر: «إن الله ينهاكم عن الحمر الأهلية، وقال: إنها رجس من عمل الشيطان»^(٦)، ولما تقدم من القياس في سباع البهائم.

٨١- مسألة: لا يكره سؤر الهر، وبه قال أكثرهم^(٧) خلافاً لأبي حنيفة.^(٨) دليلنا:

- (١) سؤر الحيوان: فهو ما فضل في الإناء من شربه، والباقي من كل شيء يسمى سؤراً. لسان العرب: ٣٣٩/٤، التكملة والذيل والصلة: ١٧/٣
- (٢) انظر: تحفة الفقهاء: ٥٤/١، المبسوط: ٤٨/١، شرح العناية: ١١٢/١.
- (٣) انظر: الإشراف: ج١، ص٤٣، الكافي لابن عبد البر: ١٦١/١، الشرح الكبير: ٤١/١، الأم: ٦/١، حلية العلماء: ٢٤٣/١.
- (٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٦٠/١. والحاكم في المستدرک: ٢٢٥/١، وأبو داود في السنن: ١٧/١.
- (٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٥٤/١: (وأما السؤر المشكوك فيه، فهو سؤر الحمار والبغل في جواب ظاهر الرواية.. وروى الكرخي عن أصحابنا أن سؤرهما نجس، وقال الشافعي: طاهر). انظر: الأصل: ٢٨/١، المدونة: ٥/١، الأم: ٦/١، الكافي لابن قدامة: ١٤/١، المهذب: ٢٤/١.
- (٦) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢١٠٣/٥، ومسلم في صحيحه: ١٥٣٨/٣.
- (٧) الكافي لابن قدامة: ١٤/١، المهذب: ٢٤/١.
- (٨) تحفة الفقهاء: ٥٤/١.

قول عائشة رضي الله عنها: «لقد رأيتني أنا ورسول الله ﷺ نتوضأ من إناء قد شرب منه قبل ذلك هر»^(١) وأيضاً فإنه لا يمكن التحرز منه في العادة فهو كحشرات الأرض.

٨- مسألة: إذا مات في الماء اليسير ما لا نفس له سائلة لم ينجسه ، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعي في أحد قوليه.^(٣) دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فامقلوه»^(٤) فإن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء ، وإنه ليتقي بالذي فيه الداء»^(٥) ولأنه لا نفس له سائلة فلا ينجس ما مات فيه كدود الخل والجراد.

٨١- مسألة: ما يعيش في الماء إذا لم يكن مأكولاً كالضفدع والتمساح، فإنه ينجسه بموته فيه ، وبه قال الشافعي^(٦) خلافاً لأبي حنيفة.^(٧) دليلنا: أنه لو مات في غير الماء نجسه كذلك في الماء كحيوان البر.

٨٤- مسألة: الماء اليسير إذا وقع فيه نجاسة فسد ، وبه قال أكثرهم ، وقال مالك وداود : لا حتى تتغير أحد أوصافه.^(٨) دليلنا: ما تقدم من حديث

(١) سنن أبي داود: ٢٠/١ ، السنن الكبرى: ٢٤٦/١ ، سنن الدارقطني: ٧٠/١ .

(٢) المبسوط: ٥١/١ ، تحفة الفقهاء: ٥١/١ ، بدائع الصنائع: ٦٣/١ ، الشرح الكبير: ٤٥/١ ، حاشية الدسوقي: ٤٤/١ ، مواهب الجليل: ٨٧/١ ، الوجيز: ٦/١ ، الوسيط: ٣١١/١ ، الكافي لابن قدامة: ١٦/١ .

(٣) روضة الطالبين: ١٤/١ ، المجموع: ١٣١/١ .

(٤) أمقلوه : أي أغمسوه . لسان العرب : ٦٢٧/١١ .

(٥) انظر: مسند الإمام أحمد: ٦٧/٣ ، سنن ابن ماجه: ١١٥٩/٢ ، إرواء الغليل: ١٩٤/١ .

(٦) حلية العلماء: ٢٤٢/١ ، المجموع: ١٣١/١ ، الكافي: ١٦/١ .

(٧) المبسوط: ٢٤٩/١١ .

(٨) قال ابن قدامة: (إذا وقعت النجاسة في ماء فغيرت بعضه فالمتغير نجس .. وما لم يتغير فهو طاهر لعدم الاخبار فيه .. وإن نقص عنهما فهو نجس ، لأنه ماء يسير لاقي ماءً نجساً فنجس به) . انظر : الكافي : ٩/١ .

ابن عمر: ^(١) «إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث»، وروى لم ينجس. دليله : إن ما دونه بخلافه ، ولأنه ماء يسير خالطته نجاسة فأشبهه إذا غيرته.

فصل : فإن كان كثيراً وحده قلتان فسد بالتغيير، ^(٢) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : لا اعتبار بالقلتين بل كل ما تيقنا أو غلب على ظننا وصول النجاسة إليه فهو نجس. ^(٣) دليلنا: الخبر ، ولأنه ماء راكد فإذا كان بعضه طاهراً كذلك الجميع كما لو وقع فيه بكرة ما يؤكل لحمه وأخرجت.

فصل : فإن كانت النجاسة بول الأدمي أو عذرتة المائعة أفسدت كل ما يمكن نزحه، ^(٤) وفيه رواية أخرى : هي كغيرها من النجاسات ، وبه قال الشافعي وجه الأولى : قوله ﷺ : « لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضئ منه »، ^(٥) ولأنه يمكن نزحه فأشبهه إذا تغير، ولأن الكثرة ترفع النجاسة فجاز أن يختلف باختلاف النجاسة كالإزالة .

٨٥ - مسألة : لا يجوز التحري في الألوان إذا كان فيها نجس ، وقال الشافعي : يجوز، ^(٦) وقال أبو حنيفة : يجوز إذا كان عدد الطاهر

(١) مسند الشافعي : ٢١/١ ، جامع الترمذي : ٤٦/١ .

(٢) قال ابن قدامة : (إذا وقع في الماء نجاسة فغيرته . نجس بغير خلاف ، لأن تغيره لظهور أجزاء النجاسة فيه ، وإن لم تغيره لم يخل من حالتين : أحدهما : أن يكون قلتين فصاعداً فهو طاهر...) انظر : الكافي : ٧/١ ، المهذب : ج ١ ، ص ١٨ وما بعدها .

(٣) تحفة الفقهاء : ج ١ ، ص ٥٦ وما بعدها .

(٤) قال ابن قدامة : (وجميع النجاسات في هذا سواء إلا بول الأدميين وعذرتهم المائعة ، فإن أكثر الروايات عن أحمد أنها تنجس الماء الكثير ... إلا أن يبلغ حداً لا يمكن نزحه) . الكافي : ج ١ ، ص ٨ وما بعدها .

(٥) أخرجه أبو داود : ٤٦/١ سنن النسائي : ٤٩/١ ، صحيح ابن حبان : ٣٩٨/٢ .

(٦) انظر : الأم : ١١/١ ، الوجيز : ١٠/١ ، جاء في مختصر المزني ص ٩ : (إذا كان معه إناءان أو أكثر بعضها طاهر ، وبعضها نجس وقد أشكل عليه الطاهر من النجس فعليه أن يتحري فيها ويجهده) . انظر : فتح العزيز : ٢٧٣/١ ، روضة الطالبين : ٣٥/١ ، جاء في الكافي : ١٢/١ =

أكثر،^(١) وقد ذهب جماعة من أصحابنا إلى أنه إذا كثر عدد الطاهر جاز التحري، واختلف أصحاب مالك^(٢) فمنهم من أجاز التحري، ومنهم من منع وقال: يتيمم، ومنهم من قال: يصلي من كل إناء بصلاة، ومنهم من قال: يتوضأ ويصلي ثم يعود فيغسل الأعضاء بالإناء الآخر ويتوضأ ويصلي هكذا في جميع الأواني. فالدلالة على منع التحري في الجملة أنها أواني بعضها طاهر وبعضها نجس فلا يتحرى للصلاة كما لو كان بعضها بول وبعضها ماء، وإذا كان النجس أكثر على أبي حنيفة.

فصل: فإن كان معه ثياب بعضها طاهر واشتبهت عليه بالنجسة فهي بخلاف الأواني يصلي بعدد النجس وزيادة صلاة،^(٣) وقال أبو حنيفة والشافعي: هي كالأواني. دليلنا: إنه يمكنه أداء فرضه بيقين فلا يتحرى كما لو ترك صلاة من يوم لا بعينها.

== (وإذا اشتبه الماء النجس بالطاهر تيمم ولم يجز له استعمال أحدهما سواء كثر عدد الطاهر أو لم يكثر. وحكي عن أبي علي النجاد أنه إذا كثر عدد الطاهر، فله أن يتحرى ويتوضأ بالطهر عنده، لأن احتمال الطاهر أكثر، والأول المذهب).

(١) مختصر الطحاوي: ص ١١٧، مراقي الفلاح: ص ٦.

(٢) مواهب الجليل: ١٧١/١، المنتقى ٥٩/١.

(٣) جاء في الروض المربع: ٢٣/١: (وإن اشتبهت ثياب طاهرة بثياب نجسة يعلم عددها صلى في كل ثوب صلاة بعدد النجس من الثياب، وزاد على العدد صلاة ليؤدي فرضه بيقين).

كتاب

المسح على الخفين^(١)

٨٦ - مسألة: يجوز المسح على الخفين،^(٢) وبه قال أكثرهم،^(٣) وقالت الخوارج :

لا يجوز. دليلنا: ما روى عوف بن مالك الأشجعي : «أن النبي ﷺ مسح على خفيه في غزوة تبوك وأمر أن يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام بلياليهن»،^(٤) وهذه آخر غزوة غزاها، ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق نزع الخفين عند كل طهارة فهو كسائر ما تدعو إليه الحاجة.

فصل : ويجوز في الحضر، وبه قال أكثرهم،^(٥) وقال مالك : يختص السفر وعنه كمذهبن.^(٦) دليلنا: ماتقدم من الخبر، ولأنه مسح أقيم مقام الغسل فأشبهه الإستنجاء.

فصل : ويكون مؤقتاً بما ذكرنا في الخبر، وبه قال أكثرهم ، وقال مالك في

(١) المسح على الخفين رخصة وأفضل من غسل، لأن الله يحب الناس أن يأخذوا برخصه، ويرفع الحديث ..

وهو لغة: إمرار اليد على الشيء ..

وشرعاً: إصابة البلة لحائل مخصوص في زمن مخصوص.

والخف: شرعاً: هو السائر للكعبين فأكثر من جلد ونحوه، وسمي بذلك لخفته.

(٢) الروض المربع: ٣٥/١، وقال ابن قدامة: (والمسح على الخفين جائز بغير خلاف). انظر: الكافي: ٣٤/١.

(٣) الأصل: ٥٣/١، المدونة: ١٧/١، المجموع: ٤٨٦/١، وجاء في المذهب: ٤٥/١: (يجوز المسح على الخفين في الوضوء).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٧٥/١، والطبراني في المعجم الكبير: ٤٠/١٨.

(٥) الأم: ٣٠/١، وفتح العزيز: ٣٩٧/٢.

(٦) جاء في المدونة: ١٤٤/١: (وقال مالك: لا يمسح المقيم على خفيه، قال : وكان قبل ذلك يقول يمسح عليهما. قال: ويمسح المسافر وليس لذلك وقت).

الموضع الذي يجوز المسح لا يتوقت. ^(١) دليلنا: ما تقدم من الخبر ، ولأنه إنما أبيع للحاجة وما زاد على التقدير لا تدعو إليه الحاجة فبقي على الأصل .

فصل: وتكون ابتداء المدة من حين أحدث، ^(٢) وبه قال أكثرهم وفيه رواية أخرى من حين المسح، ^(٣) وبه قال داود وجه الأولى : إنها عبادة يعتبر فيها الوقت فاعتبر وقت جواز الفعل لا وقت الفعل كالصلاة وسائر العبادات.

٨٧- مسألة: فإن مسح في الحضر ثم سافر أتم على مسح مقيم، وبه قال الشافعي، ^(٤) وفيه رواية أخرى : مسح مسافر، وبه قال أبو حنيفة، وهو اختيار أبي بكر وصاحبه وجه الأولى: وهي اختيار الخري أن عبادة يختلف قدرها بالحضر والسفر فإذا تلبس بها في الحضر ثم سافر غلب الحضر كالصلاة. ^(٥)

٨٨- مسألة: من شرط المسح على الخفين أن يكون لبسهما بعد كمال الطهارة، ^(٦) وبه قال أكثرهم، ^(٧) وقال أبو حنيفة وداود : يجوز أن يلبس ثم

(١) المدونة : ١٤٥/١ .

(٢) بدائع الصنائع : ١٧٧/١ ، مختصر الطحاوي : ص ٣١ ، المجموع : ٤٨٧/١ ، منهاج الطالبين : ص ٥ . جاء في الكافي لابن قدامة : ٣٧/١ : (ويعتبر ابتداء المدة من حين الحدث بعد اللبس في إحدى الروايتين ، لأنها عبادة مؤقتة فاعتبر أول وقتها من حين جواز فعلها كالصلاة ، والآخرى من حين المسح) .

(٣) الإنصاف : ١٧٧/١ ، والمسائل الفقهية : ٩٦/١ ، أولمجموع : ٤٨٧/١ ، والمهذب : ٤٥/١ .

(٤) الأم : ٣٠/١ ، والوسيط : ٤٦٨/١ ، وفتح العزيز : ٤٠٠/٢ ، ومختصر المزني : ص ٩ ، والكافي لابن قدامة : ٣٧/١ .

(٥) قال ابن المنذر : (وأجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم ممن يقول بالتحديد في المسح على الخفين على أن من مسح ثم قدم فأقام أن له ما للمقيم) . انظر : مسائل أحمد لابنه عبد الله : ١٢٠/١ ، المبسوط : ١٠٤/١ .

(٦) الكافي لابن قدامة : ٣٦/١ ، الروض المربع : ٣٥/١ .

(٧) المدونة الكبرى : ١٤٤/١ ، المهذب : ٤٥/١ .

يغسل رجله^(١) في خفيه وهكذا لو غسل أحد الرجلين ثم أدخلهما. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي بكرة: «يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليهن»^(٢) إذا تطهر فلبس، والفاء للتعقيب، ولأن لبس الخفين أحد شرطي جواز المسح عليهما فوجب أن يتقدمه طهارة كاملة كالحدث.

٨٩- مسألة: إذا كان في الخف خرق يبدو منه بعض القدم لم يجز المسح عليه، وقال داود: يجوز، وللشافعي قولان^(٣) أحدهما كقولنا، والثاني: إن كان يسيراً لا يمنع متابعة المشي عليه جاز، وبه قال مالك^(٤) وقال أبو حنيفة: ما دون ثلاثة أصابع لا يمنع.^(٥) دليلنا: إنه قد ظهر شيء من القدم فأشبهه إذا كان كثيراً.

٩٠- مسألة: إذا خلع الخفين استأنف الوضوء به، وبه قال الشافعي في أحد قولي،^(٦) وقال أكثرهم: يغسل قدميه خاصة، وعن أحمد^(٧) مثله وجه الأولى: إنها عبادة ترتبط بعضها ببعض أو يبطلها الحدث فإذا بطل بعضها بطل جميعها كالصلاة.

(١) جاء في تحفة الفقهاء: ٨٥/١: (من ذلك أن يكون لابس الخفين، أو ما كان في معناهما على طهارة كاملة عند الحدث بعد اللبس، ولا يشترط أن يكون على طهارة كاملة عند الحدث بعد اللبس، ولا يشترط أن يكون على طهارة كاملة عند اللبس).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٨١/١، والدارقطني في سننه: ١٩٤/١.

(٣) المجموع: ٤٩٦/١.

(٤) الكافي لابن عبد البر: ١٧٦/١، وشرح الخرخشي: ١٨٠/١، وبلغة السالك: ٥٦/١.

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٨٧/١: (ثم الخف إن كان به خرق: إن كان يسيراً، يجوز المسح عليه، وإن كان كثيراً لا يجوز، وهذا جواب الاستحسان والقياس أن يكون اليسير مانعاً كالكثير وهو قول زفر والشافعي.. وقال مالك وسفيان الثوري: إن الخرق، قليله وكثيره لا يمنع.. والحد الفاصل بينهما هو قدر ثلاثة أصابع الرجل فصاعداً).

(٦) الأم: ٣١/١، ومختصر المزني: ٤٩/١، وفتح العزيز: ٤٠٤/٢.

جاء في الحاوي: ١٣٩٣/٣: (وإن كان متوضئاً على قولين، أحدهما: يتوضأ، والثاني: يغسل رجله بناءً على اختلاف قولين فيمن نزع خفيه في زمان المسح).

(٧) كشاف القناع: ١٢٠/١.

٩٠ - مسألة: يجوز المسح على الجرموقين،^(١) وبه قال أبو حنيفة،^(٢) وقال مالك والشافعي:^(٣) لا يجوز، وعنهما الجواز. دليلنا: ما روى^(٤) بلال: «أن النبي ﷺ كان يتوضأ ويمسح على عمامته وموقيه»^(٥) رواه أبو داود، وفي لفظ آخر على الموق والخمائر، وفي لفظ آخر على الموقين والخمار، ولأنه لو حرز بما تحته جاز المسح عليه كذلك وإن لم يحرز كما لو كان التحتاني مخرقاً.

٩١ - مسألة: لا يستحب مسح أسفل الخف، وبه قال أبو حنيفة^(٦) خلافاً لمالك والشافعي.^(٧) دليلنا: قول علي عليه السلام: «لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من ظهره لكني رأيت رسول الله يمسح على ظاهره فاتبعته»^(٨) ولأنه ليس بموضع المفروض المسح فلا يكون موضعاً لمسنونه كالسابق وعكسه الوجه.

(١) الجرموق: بضم الجيم والميم فارسي معرب: خف صغير يلبس فوق الخف في البلاد الباردة. انظر: القاموس المحيط: ص ١١٢٥.

(٢) المبسوط: ١٠٢/١، وبدائع الصنائع: ١٠٣/١، والهداية: ٢٩/١، وتحفة الفقهاء: ٨٧/١.

(٣) فتح العزيز: ٣٧٨/٢، والوسيط: ٤٦٣/١، والأم: ٢٩/١، والوجيز: ٢٤/١، والمدونة: ٤٤/١، والمنتقى: ٨٣/١، والمبدع: ١٣٦/١، ومسائل أحمد لابن هانئ: ١٩/١.

(٤) سنن أبي داود: ٣٩/١، وصحيح ابن خزيمة: ٩٥/١، ونصب الراية: ١٨٣/١.

(٥) قال الجوهرى: الموق الذي يلبس فوق الخف، فارسي معرب.

(٦) تحفة الفقهاء: ٨٨/١، وبدائع الصنائع: ١٢/١، والمبدع: ١٤٧/١، والمغني: ٣٠٢/١. قال ابن قدامة: (والسنة أن يمسح أعلى الخف دون أسفله وعقبه).

(٧) منهاج الطالبين: ص ٥. وجاء في المذهب: ٤٨/١: (والمستحب أن يمسح أعلى الخف وأسفله فيغمس يديه في الماء، ثم يضع كفه اليسرى تحت عقب الخف وكفه اليمين على أطراف أصابعه).

(٨) الكافي لابن قدامة: ٣٩/١.

(٩) سنن أبي داود: ٤٢/١، سنن ابن ماجه: ١٨٣/١.

٩٣- مسألة: القدر الذي يجزئ في المسح على الخفين ثلاثة أصابع على ظاهر كلام أحمد^(١) لأنه رجع في هذا الموضع وفي مسح الرأس إلى الأحاديث، وقد كان شيخنا^(٢) يعتبر الأكثر^(٣) ثم رأيته مائلاً إلى هذا، وقال الشافعي: ما يقع عليه اسم المسح . دليلنا : ما روى المغيرة : أن النبي ﷺ «مسح على ظاهر الخف خطوطاً بالأصابع»^(٤) وأقل الأصابع ثلاثاً، ولأنه لو أجزأ ما يقع عليه اسم المسح لكان ينقل أنه فعله ولو دفعه.

٩٤- مسألة: إذا أخرج رجله إلى ساق الخف بطلت الطهارة، وإن أخرج بعض القدم فعلى روايتين وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد : قد بطل المسح في المسألتين،^(٥) وقال في القديم : لا يبطل حتى يظهر القدم . دليلنا: أن القدم زال عن محل الفرض فأشبهه إذا ظهر، ولأن الساق في حكم الظاهر ألا تراه لو أدخل القدم إليه ثم أحدث لم يستحب المسح.

٩٥- مسألة: يجزئ المسح على الجوربين الصفيقين،^(٦) وبه قال الحسن، وعطاء وسعيد بن جبير، وسفيان، وأبو يوسف، ومحمد،^(٧) وقال أكثر المتأخرين:

(١) هذه الرواية قد بحثت عليها في كتب المذهب فلم أعثر عليها .. وهي في الواقع رواية غريبة والله أعلم بالصواب .. انظر: الكافي: ج ١، ص ٣٨، المبسوط: ١٠٠/١، المغني: ٣٤/١، المدونة: ٤١/١.

(٢) هو: أبو يعلى القاضي ، صاحب الأحكام السلطانية وغيرها.

(٣) قال ابن قدامة: (فإن اقتصر على مسح الأكثر أعلاه أجزأه). الكافي: ٣٨/١.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه ، كتاب الطهارة ، باب في مسح أعلى الخف وأسفله: ١٨٣/١.

(٥) جاء في الكافي: ٣٨/١: (فإن أخرج قدمه إلى ساق الخف بطل المسح).

(٦) الأم: ٣٦/١، والمجموع: ٥٢٨/١، والمهذب: ٣٩/١.

(٧) قال البهوتي: (وبصح المسح على جورب صفيق) شرح منتهى الإرادات: ٥٧/١.

(٨) روضة الطالبين: ١٢٦/١ ، وفتح العزيز: ٣٧٣/١، والمجموع: ٤٩٩/١، وكشاف القناع: ١١١/١.

لايجزى^(١) دليلنا: ما روى المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ «مسح على الجوربين والنعلين»^(٢)، وروى: كان يمسح .. ، ولأنه مروى عن عمر، وعلي، وابن عمر، وابن عباس، وأنس، وابن أبي أوفى، وعقبة بن عامر، والبراء بن عازب، وسهل بن سعد الساعدي، وأبي مسعود، وأبي سعيد نعلاً أو لا ، ولأنه ستر قدميه بما يتخذ للمشي في العادة فأشبهه الخف، ولأنه لو خرزه بما تحته كان كذلك وإن لم يخرزه كالجلود.

٩- مسألة: يصح الغسل للجمعة عقيب الفجر وإن لم يتعقبه الرواح، وبه قال أكثرهم^(٣) وقال مالك: لا يصيب السنة حتى يعقب الغسل بالرواح إلى المسجد^(٤). دليلنا: أن النبي ﷺ علقه بالجمعة فقال: «غسل الجمعة واجب على كل محتلم»^(٥)، ولأنه اغتسل للجمعة من يومها فكان مصيباً للسنة كما لو عقبه بالرواح.

٩١- مسألة: إذا نوى بغسله الجمعة لم يجزه عن الجنابة^(٦) خلافاً لإحدى الروايتين عن مالك. دليلنا: إنه لم ينو إما تجب له الطهارة فأشبهه إذا نوى كتبه الحديث والفقهاء.

(١) انظر: سنن أبي داود: ١٤/١ ، وسنن ابن ماجه: ١٨٥/١ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: ٤١/١ ، وابن ماجه في السنن: ١٨٦/١ ، والترمذي في السنن: ١٩٧/١ .

(٣) بدائع الصنائع: ٢٧٠/١ ، ومغني المحتاج: ٢٩١/١ ، والمهذب: ١٢٠/١ .

(٤) الكافي لابن عبد البر: ٢٥٠/١ ، والإنصاف: ٤٠٧/٢ ، والمغني: ٢٠٠/٢ .

(٥) الموطأ: ١٠٢/١ ، ومسند الإمام أحمد: ٦/٣ ، والسنن الكبرى: ١٨٨/٣ .

(٦) المجموع: ٥٣٥/٤ ، وحلية العلماء: ٢٤١/٢ .

كتاب الحيض^(١)

٩٨ - مسألة: إذا انقطع دم الحائض لم توطأ حتى تغتسل،^(٢) وبه قال أكثرهم،^(٣) وقال أبو حنيفة: إذا انقطع لأكثره جاز.^(٤) وقال داود: حتى تغسل فرجها. دليلنا: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْرِبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ﴾،^(٥) فشرط الطهر والتطهير فهو كقوله لا تعط فلاناً شيئاً حتى يدخل الدار ويأكل، ولأنه طهر من الحيض لم يضامه تطهير فأشبهه إذا انقطع لدون عشرة أيام، ولأنه يحرم الوطئ وغيره فلا يزول تحريم الوطئ مع بقاء تحريم غيره كالإحرام والصيام، وعندهم تحريم الصلاة والقراءة باقي دون الوطئ.

فصل: فإن عدت الماء وتيممت جاز وطئها،^(٦) وبه قال الشافعي^(٧) خلافاً لأبي حنيفة ومالك إلا أن أبا حنيفة يقول: إذا صلت بالتيمم صلاة حل وطئها. دليلنا: أنه وطئ يستباح بالمبدل فاستبيح بالبدل كالوطئ في حق المظاهر.

(١) الحيض: لغة: السيلان.

وشرعاً: دم تقتضيه الطباع السليمة يخرج من أقصى رحم المرأة بعد بلوغها على سبيل الصحة من غير سبب في أوقات معلومة.

(٢) قال البهوتي: (ولا يباح قبل غسل بانقطاع دم الحيض غير صوم، لأن وجوب الغسل لا يمنع فعله كالجنابة). انظر: شرح منتهى الإرادات: ١٠٦/١، الكافي: ٧٣/١.

(٣) الأم: ٥٩/١، والمهذب: ٤٥/١، والمجموع: ٣٨٠/٢.

(٤) شرح فتح القدير: ١٧/١، والقُدوري: ص ٦، وتحفة الفقهاء: ٣٤/١.

(٥) سورة البقرة: آية: ٢٢٢.

(٦) جاء في الكافي: ٧٤/١.

(٧) مغني المحتاج: ١١٠/١. وجاء في الكافي: ٧٤/١: (قال مجاهد: حتى يغتسلن، فإن لم تجد الماء تيممت وحل وطئها).

٩٩ - مسألة : وطء الحائض يوجب كفارة،^(١) وبه قال إسحاق والأوزاعي والشافعي في القديم،^(٢) وقال في الجديد لا كفارة، وبه قال أكثرهم، وعن أحمد نحوه.^(٣) دليلنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ «أمر الذي يأتي امرأته وهي حائض أن يتصدق بدينار أو نصف دينار»^(٤)، وقال أحمد: حديث حسن وإليه أذهب، وأيضاً فإن التحريم الطارئ على البضع منه ما يكون لعبادة ومنه لغير عبادة ثم الذي عبادة منه ما يوجب كفارة ومنه ما لا يوجب كذلك التحريم لا للعبادة.

فصل : وصفة الكفارة ما ذكرنا في الخبر. قال الشافعي : على القول الذي يوجب كفارة إن كان في أول الحيض دينار وفي آخره نصف دينار.^(٥) دليلنا: ما تقدم من الخبر، ولأنه حكم يتعلق بوطء الحائض فاستوى فيه أول الحيض وآخره كالإثم .

١٠٠ - مسألة : يستمتع من الحائض بما دون الفرج ، وبه قال داود، ومحمد بن الحسن، وأصبغ المالكي،^(٦) وقال أكثرهم : يحرم ما بين السرة والركبة. دليلنا: قوله تعالى ﴿فاعتزلوا النساء في المحيض﴾^(٧) ومعناه موضع الحيض كقولهم

(١) جاء في فتح القدير : ١٦٦/١ : (ولا يأتيها زوجها، ولو أتاها مستحلاً كفر، أو عالماً بالجرمة أتت كبيرة ووجب التوبة ويتصدق بدينار أو بنصفه استحباباً .. وقيل بدينار إن كان في أول الحيض، وبنصفه إن وطئ في آخره)، الكافي لابن قدامة: ٧٤/١.

(٢) مغني المحتاج: ١١٠/١ ، وفتح العزيز : ٤٢٢/٢ .

(٣) كشف القناع: ١٩٨/١ ، وشرح منتهى الإرادات: ١٠٧/١ ، وجاء في الكافي: ٧٤/١ : (وعن أحمد لا كفارة فيه)، لأنه وطء حرم للأذى فلم تجب به كفارة كالوطء في الدبر .

(٤) أخرجه الترمذي في سننه: ٢٤٤/١ ، وأبو داود في سننه: ٢٥١/٢ ، وأحمد في مسنده: ٣١٢/١ .

(٥) مغني المحتاج : ١١٠/١ .

(٦) جاء في الكافي: ٧٣/١ : (ولا يحرم الاستمتاع بها في غير الفرج لقول النبي ﷺ : «اصنعوا كل شيء غير النكاح» . رواه مسلم .

(٧) سورة البقرة : آية : ٢٢٢ .

مقيل ومبيت ، وروى عن بعض أزواج النبي : «أنه كان إذا أراد من بعض أزواجه الحيض شيئاً ألقى على فرجها ثوباً» ، وقوله ﷺ في حديث عائشة وقد سئل عما يجتنب من الحائض فقال : «شعار الدم»^(١) يعني موضع يستشعر فيه ما حرم الوطء فيه لأجل إلا إذا فاخص بالفرج كالوطء في الدبر .

١٠١ - مسألة : المستحاضة^(٢) تردّ إلى عاداتها،^(٣) فإن لم يكن^(٤) ردت إلى التمييز، فإن اجتمعا قدمت العادة ، فإن عد ما جلست في كل شهر ستاً أو سبعاً، وقال أبو حنيفة : بالتمييز، فإن كانت عادة ولا جلست المبتدأة أكثر الحيض والمستدامة أقله ، وقال مالك : إن كان لها تمييز ولا صلت وصامت في الشهر الثاني والثالث، وفي الأول روايتان، أحدهما: تجلس أكثر الحيض، والثانية : تجلس عاداتها وتستطهر بثلاثة ما لم تجاوز خمسة عشر،^(٥) وقال الشافعي: تبدأ بالتمييز، فإن عدم فالعادة، فإن اجتمعا قدم التمييز، فإن عدما كانت مستدامة لم تجلس شيئاً، وإن كانت مبتدأة تجلس^(٦) فالكلام في فصول أربعة. أحدها: اعتبار التمييز خلافاً لأبي حنيفة.^(٧) والثاني: في اعتبار العادة

(١) أخرجه الدارمي في سننه : ٢٥٩/١ .

(٢) المستحاضة : هي التي ترى دمأ ليس بحيض ولا نفاس . انظر : الكافي : ٨٣/١ .

(٣) أي تجلس عاداتها إن علمتها بأن تعرف شهرها ، وتعرف وقت حيضها منه ، ووقت طهرها وعدد أيامها . انظر : شرح منتهى الإرادات : ١١١/١ .

(٤) أي إذا جهلت شهرها أو وقت حيضها أو وقت طهرها، فإنه يجب عليها في تلك الحالة أن تعمل بالتمييز ... انظر : شرح منتهى الإرادات : ١١١/١ .

(٥) المدونة الكبرى : ١٥٢/١ .

(٦) جاء في المذهب : ٨٧/١ : (فإن كانت مميزة بأن ترى يوماً وليلة دمأ أسود، ثم ترى النقاء عشرة أيام، ثم ترى يوماً وليلة دمأ أسود ثم أحمر فتد إلى التمييز فيكون الحيض أيام الأسود وما بينهما على القولين، وإن كان لها عادة في كل شهر خمسة أيام ردت إلى عاداتها) .

(٧) جاء في تحفة الفقهاء : ٣٤/١ : (ثم المستحاضة نوعان: مبتدأة وصاحبة عادة) .

خلافاً لمالك،^(١) والثالث : في تقديم العادة على التمييز خلافاً للشافعي،^(٢) والرابع : في العادة لهما إنها تجلس خلافاً للشافعية.^(٣) فالدلالة على الأول قوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش: «دم الحيض أسود يعرف فإذا كان فامسكي عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي إنما هو عرق».^(٤) وفي لفظ آخر: «الحيض أسود خاثر ثخين تعلوه حمرة ودم الاستحاضة رقيق»^(٥)، ولأنه خارج من البدن يوجب الغسل فجاز أن يرجع إلى صفاته عند الاشتباه كالمني.

فصل: والدلالة على الثاني قوله ﷺ في حديث أم سلمة : «تنتظر هذه المرأة الأيام والليالي التي كانت تحيضهن من الشهر فتدع الصلاة ثم تغتسل ثم تصلي»^(٦)، ولأنها مستحاضة لها عادة فردت إليها كما لو لم يكن لها تمييز.

فصل: والدلالة على تقديم العادة على التمييز إنه اجتمع عادة وتمييز فقدمت العادة. دليله : في حق غير المستحاضة.

فصل :: والدلالة على الرابع قوله ﷺ لحمنة بنت جحش : «تحضي في علم الله ستاً أو سبعا»، ولأنها إحدى المستحاضات فأشبهه المبتدأة .

١٠٢ - مسألة: ما تراه المبتدأة زيادة على يوم وليلة لا تجلسه بأول دفعة ، وقال أكثرهم : تجلس أقل دم يصح أن يكون حيضاً. دليلنا: أنها مبتدأة فلا تجلس أكثره كما لو استحيضت على الشافعي، وأيضاً فإن العادة مشتقة من المعاودة وقد عدمت هاهنا وفارق هذا اليوم لأنه مثبت باليقين.

(١) جاء في المذونة: ١٥١/١ : (قال : كم ترك الصلاة المستحاضة؟ قال سالم: ترك الصلاة خمسة عشر ليلة ثم تغتسل وتصلي).

(٢) المذهب: ٨٧/١، والمجموع: ٣٩٥/٢، والمغني: ٢٦١/١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) أخرجه مسلم: ٢٦٢/١، وأبو داود: ١٢٣/١.

(٥) سنن الدارقطني: ٢١٨/١.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٥/١.

١٠٣ - مسألة: إذا استحيضت المبتدأة ولم يكن لها تمييز ترد إليه ردت إلى أقل الحيض،^(١) وروى عنه إلى غالبه،^(٢) وروى إلى أكثره، وبه قال أبو حنيفة،^(٣) وعن الشافعي: كالأولتين،^(٤) وقال مالك: تجلس أيام إقراءها فقط، وعنه تستطهر بثلاث ما لم تجاوز خمس عشر. فالدلالة على أنها لا تجلس أكثر خلافاً لأبي حنيفة ومالك: إنه لم يقترن إمارة حيضها بأكثره فلا تجلس أكثره كالمستدامة وكالتي عادت بها دون أكثره. والدلالة على أنها لا تجلس أقله إن الظاهر أنها لو لم تستحاض كانت كسائر النساء، فيجب أن ترد إليه كالمعتادة إذا استحيضت فإنها ترد إلى عادتها كذلك هاهنا.

١٠٤ - مسألة: ما تراه المعتادة قبل أيامها أو بعدها فلا تلتفت إليه بأول دفعه،^(٥) وقال الشافعي: تجلسه،^(٦) ووافقنا أبو حنيفة فيما يتقدم على العادة لا فيما بعد. دليلنا: قوله ﷺ في الحائض: «تري الدم تجلس أيام إقراءها ثم تغتسل غسلاً واحداً إلى مثل ذلك، فإن رأيت بعده كدرة أو صفرة [انتضحت

(١) جاء في كشف القناع: ٢٠٧/١ (فتجلس المبتدأة التي جاوز دمها أكثر الحيض قبل تكراره، أي الدم ثلاثة أشهر فأقله، أي أقل الحيض، لأنه المتيقن وما زاد مشكوك فيه كغير المستحاضة).

(٢) جاء في الكافي لابن قدامة: ٧٦/١: (والثانية تجلس ما تراه من الدم إلى أكثر الحيض لأنه دم يصلح حيضاً فتجلسه كالיום والليلة، والثالثة: تجلس ستاً أو سبعة، لأن الغالب من النساء هكذا يخضن ثم تغتسل وتصلي).

(٣) تحفة الفقهاء: ٣٤/١.

(٤) قال الشيرازي: (فإن كانت مبتدأة غير مميزة وهي التي بدأ بها الدم وعبر الخمسة عشر والدم على صفة واحدة ففيها قولان: أحدهما: أنها تحيض أقل الحيض، لأنه يقين وما زاد مشكوك فيه فلا يحكم بكونه حيضاً. والثاني: أنها ترد إلى غالب عادة النساء وهي ست أو سبع). انظر: المهذب: ٧٩/١.

(٥) قال ابن قدامة: (فالمذهب أنها لا تجلس ما خرج عن العادة حتى يتكرر، وفي قدره روايتان: إحداهما: ثلاثاً. والثانية: مرتان، لأن العادة مأخوذة من المعاودة) انظر: الكافي: ٧٨/١.

(٦) المهذب: ٨١/١.

وتوضأت وصلت^(١) وفي آخر: «تري ما يريبها بعد الطهر إنما هو عرق أو عروق»^(٢)، وأيضاً ما تقدم من أن العادة مأخوذة من العود.

١٠٥ - مسألة: أقل الحيض يوم، وفي رواية يوم وليلة، وعن الشافعي كالمذهبيين، وقال أبو حنيفة: ثلاثاً، وقال مالك: لا حد له كالنفاس. دليلنا: أن اليوم أحد مدتي المسح فأشبهه الثلاث.

١٠٦ - مسألة: وأكثره خمس عشرة ليلة،^(٤) وقال أبو حنيفة عشرة.^(٥) دليلنا: قوله ﷺ: «تجلس إحداهن نصف عمرها لا تصلي».^(٦) وروى شطر عمرها، ولا ما لا نظير له في الشريعة ولا في اللغة يرجع فيه إلى الوجود كالإحراز والقبوض، وقد حكى عن الأوزاعي وعطاء وعبد الله بن الزبير البصري أنهم وجدوا ذلك حيضاً معتاداً.

١٠٧ - مسألة: الحامل لا تحيض، وبه قال أبو حنيفة^(٧) خلافاً لمالك وأحد قولي

(١) ما بين المعكوفين مطموس بالنسخ الخطية، والإكمال من نص الحديث.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير: ٢٩٢/٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن: ٢١٢/١.

(٤) جاء في الروض المربع: ٥٣/١: (وأكثره - أي الحيض - خمسة عشر يوماً بلياليها لقول عطاء: رأيت من تحيض خمسة عشر يوماً). انظر: الأم: ٦٧/١، والوجيز: ٢٥/١، والمجموع: ٣٨٨/٢.

(٥) بدائع الصنائع: ١٦٩/١، مختصر الطحاوي: ص ٢٣.

(٦) يقرب من هذا المعنى ما رواه البخاري في صحيحه: ٤٠٥/١ .. ولقد قال البيهقي: هذا الحديث يذكره بعض فقهاءنا، وقد طلبته كثيراً فلم أجده في شيء من كتب الحديث. انظر: البحار والزخار: ١٣٣/٢. وقال الشيرازي: (لم أجده بهذا اللفظ إلا في كتب الفقه). المذهب: ٧٨/١.

(٧) انظر: الهداية: ١٣٣/١، والبدائع: ١٧٥/١، وكشاف القناع: ١٩٦/١، والكافي: ٧٦/١، وجاء في الروض المربع: ٥٣/١: (ولا حيض مع حمل، قال أحمد: إنما تعرف النساء الحمل بانقطاع الدم فإن رأت دمًا فهو دم فساد إلا تترك له العبادة ولا يمنع زوجها من وطئها).

الشافعي^(١). دليلنا: إنه دم لا يحرم الطلاق ولا تنقضي به العدة يفصل به بين وطئها وطلاقها فأشبهه الاستحاضة.

١٠٨ - مسألة: النقاء بين الدمين طهر ، وبه قال مالك^(٢) وحكى عن أهل العراق أنه حيض ، وعن الشافعي كالمذهبين^(٣). دليلنا: أنه لو جاز أن يكون النقاء بين الدمين حيضاً لكونه بين الدمين جاز أن يكون الدم بين نقاعين طهراً لأنه بين طهرين .

١٠٩ - مسألة: أقل الطهر الصحيح بين الحيضين ثلاثة عشر يوماً^(٤) قال أبو حنيفة والشافعي: خمسة عشر يوماً^(٥). دليلنا: ما احتج به أحمد رضي الله عنه عن علي بن أبي طالب أنه سئل في امرأة أخبرت بانقضاء عدتها في شهر فقال لشريح^(٦) قل فيها . فقال : إن جاءت ببطانة من قومها يشهدون أنها حاضت ثم طهرت في شهر واحد ثلاثاً صدقت^(٧) ومعلوم أنه لا يمكن ذلك إلا بثلاثة أيام لثلاث حيضات وستة وعشرين يوماً لطهرين، ولأنه انضم إلى العشرة ما يقع عليه اسم الجمع المطلق فأشبهه الخمسة.

(١) انظر : المجموع: ٣٩٥/٢ ، والمنهاج: ص ٦ ، والمهذب: ٥٢/١ . فقد جاء فيه: (وفي الدم الذي تراه الحامل قولان: أحدهما أنه حيض ، لأنه دم لا يمنعه الرضاع دم فساد ، لأنه لو كان حيضاً لحرم الطلاق ، وتعلق به انقضاء العدة) .

(٢) المدونة: ٥٤/١ ، قال البهوتي: (والنقاء طهر) شرح منتهى الإرادات: ١١٤/١ .

(٣) الحاوي: ٥٢٠/١ ، والوسيط: ٥٠٠/١ ، وفتح العزيز: ٥٣٧/٢ .

(٤) شرح منتهى الإرادات: ١١٢/١ ، والمغني: ٢٦١/١ .

(٥) الأم: ٥٩/١ ، والوسيط: ٤٨٩/١ ، وفتح العزيز: ٤٩٦/٢ ، والأصل: ٤٦٠/١ ، واختلاف العلماء: ١٦٨/١ .

(٦) هو شريح بن الحارث ، من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام ، توفي سنة ٧٨ هـ .

(٧) بغية الأثر : (ولا فهي كاذبة ، فقال علي : قالون ، يعني جيداً) . انظر: الكافي: ٧٥/١ .

١١٠ - مسألة : لانقطاع دم الحيض غاية وهو ما زاد على الستين^(١) خلافاً لأصحاب الشافعي. دليلنا: قول عائشة : «ابنة الستين لا يرى في بطونها ولد»، ومثل هذا لا نقوله إلا توقيفاً، ولأنه أحد طرفي الحيض فكان محدوداً كالطرف الأول، وأيضاً فإننا نسميها يائسة ويثبت في حقها أحكام الآيسات وهو الاعتداد بالأشهر، فلو صح منها الحيض لم توصف بالإياس كالشابة.

١١١ - مسألة : أكثر النفاس^(٢) أربعون يوماً، وبه قال أبو حنيفة^(٣) وقال مالك والشافعي : ستون يوماً^(٤) وعن مالك رواية أخرى: لا غاية له^(٥) وتجلس غاية ما تجلس النساء. دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن أنس : «أن النبي ﷺ وقت للنفاس أربعين يوماً إلا أن ترى الطهر قبل ذلك»،^(٦) ولأن ما زاد على الأربعين مختلف في كونه نفاساً [أم استحاضة]^(٧).

١١٢ - مسألة : إذا انقطع لدون الأربعين ثم عاودها فالأول نفاساً والثاني مشكوك فيه وما بينهما نفاس،^(٨) وقال أبو حنيفة : الجميع نفاس، وقال

(١) الكافي: ٧٥/١ جاء فيه (وإذا بلغت المرأة ستين عاماً يئست من المحيض، لأنه لا يوجد لمثلها حيض. معناه: فإن رأت دمًا فهو دم فاسد).

(٢) النفاس في اللغة: من النفس، وهو الخروج من الجوف. وشرعاً : هو دم ترخيه الرحم للولادة وبعدها، وهو بقية الدم الذي احتبس في مدة الحمل لأجله. انظر: شرح منتهى الإرادات: ١١٦/١.

(٣) الأصل: ٢٣٨/١، والمغني: ٢٥٠/١.

(٤) المدونة: ٥٣/١، ومختصر المزني: ٥٣/١، وجاء في الشرح الكبير: ١٧٤/١: (وأكثره ستون يوماً).

(٥) إن مالك قد رجع عن الرواية الأولى وقال يسأل الناس عن ذلك وأهل المعرفة.

(٦) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٢١٣/١، والدارقطني في السنن: ٢٢٠/١، والحاكم في المستدرک: ٣٨٣/١.

(٧) ما بين المعكوفين في الأصل غير واضحة، ولعلها ما أثبتناه.

(٨) أي (كونه نفاساً أو فساداً لتعارض الإمارتين فيه، فتصوم وتصلي معه، لأن سبب الوجوب متيقن، وسقوطه بهذا الدم مشكوك فيه). انظر: شرح منتهى الإرادات: ١١٧/١.

الشافعي: ^(١) إن كان بينهما من النقاء مدة طهر كامل فالأول نفاس والثاني [حيض] ^(٢) والنقاء بينهما طهر، وإن كان ما بينهما ليس بطهر صحيح فالأول والثاني نفاس، وما بينهما فعلى قولين الطهر بين دمي الحيض، فالدلالة على أن النقاء ليس بنفاس أنها رأت النقاء الخالص فكان طهراً كما لو لم يتعقب دم. والدلالة على أن الثاني لا يكون حيضاً إنها رأت الدم في زمان النفاس فلم يكن حيضاً كما لو لم يكن بينهما مدة الطهر الصحيح، والدلالة على أنه لا يضاف أحدهما إلى الآخر أنهما دمان فصل بينهما طهر فلم يضاف أحدهما إلى الآخر في كونهما نفاساً كما لو كان بعد الأربعين على أبي حنيفة وعلى الشافعي إذا كان بينهما طهر صحيح .

١١٣ - مسألة: إذا انقطع دم النفاس لدون الأربعين كره وطئها ^(٣) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: ما احتج عليه أحمد رضي الله عنه من إجماع الصحابة عمر وعلي وابن عباس وعائد بن عمرو وعثمان بن أبي العاص وأنهم قالوا: لا توطئ قبل الأربعين ، وأيضاً فإنه لو وطئ ربما يعاودها الدم فيصير واطئاً في نفاس مختلف فيه فصار كما لو وطئها بعد الستين والدم يجري على مالك والشافعي وعلى أبي حنيفة بعد الأربعين .

١١٤ - مسألة: إذا ولدت توأمين فالنفاس من الولد الأول، ^(٤) وبه قال أبو حنيفة

(١) جاء في المذهب: ٨٩/١: (فإن رأت دم النفاس ساعة ثم طهرت خمسة عشر يوماً، ثم رأت الدم يوماً وليلة ففيه وجهان: أحدهما: أن الأول نفاس، والثاني حيض وما بينهما طهر) والوجه الثاني: (أن الجميع نفاس، لأن الجميع وجد في مدة النفاس، وفيما بينهما القولان).

(٢) بياض بالأصل في نسخة (أ).

(٣) قال ابن قدامة: (ويستحب لزوجه الإمساك عن وطئها حتى تتم الأربعين). انظر: الكافي: ٨٥/١.

(٤) قال ابن قدامة: (وإذا ولدت توأمين، فالنفاس من الأول، لأنه دم خرج عقيب الولادة فكان نفاساً، كما لو كان منفرداً وآخره منه). انظر: الكافي: ٨٦/١.

ومالك وأبو يوسف^(١) فقلن هذا إذا كان بينهما أربعون يوماً لم يكن بعد الثاني نفاس ، والرواية الثانية أول النفاس من الأول وآخره من الثاني فعلى هذا يزيد النفاس على الأربعين منذ ولدت الأول ، وقال زفر: يكون النفاس من الثاني فقط، وعن أصحاب الشافعي كالمذهب الثلاثة^(٢) فالدلالة على أنه من الأول خلافاً لمن قال : من الثاني له دم خرج عقيب الولادة فكان نفاساً كما لو لم يكن ولد واحد، والدلالة على أن آخره الأول خلافاً لمن قال آخره من الثاني أنه ولد يعتبر أول النفاس منه فكذاك آخره كالمنفرد .

١١٤ - مسألة: المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة،^(٣) وقال الشافعي : لكل صلاة مفروضة.^(٤) دليلنا: قوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش: «توضئي لوقت كل صلاة»،^(٥) ولأنها طهارة عذر فجاز أن تصلي بها فرضين كالمسح على الخفين والجبار.

(١) انظر : الأصل : ٣٤٠/١ ، والمغني : ٢٥٣/١ .

(٢) قال الشيرازي: (فإن ولدت توأمين بينهما زمان ففيه ثلاثة أوجه: أحدهما: يعتبر النفاس من الولد الأول، لأنه دم يعقب الولادة فاعتبرت المدة منه كما لو كان وحده. والثاني: يعتبر من الثاني، لأنه مادام معها حمل فالدم ليس بنفاس كالدم الذي تراه قبل الولادة، والثالث: أن يعتبر ابتداء المدة من الأول، ثم يستأنف المدة من الثاني، لأن كل واحد منهما سبب للمدة، فإذا وجدا اعتبر الابتداء من كل واحد منهما). انظر: المهذب: ٨٩/١ .

(٣) الكافي: ٨٤/١ الروض المربع: ٥٦/١ .

(٤) الأصل: ٤٧٧/١، المزني: ص ١١ ، المدونة: ٤٩/١ .

وجاء في كشف القناع: ٢١٥/١ (وتوضأ لوقت كل صلاة) .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب غسل الدم: ٦٦/١، ومسلم في صحيحه، كتاب الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها: ٢٦٢/١، وأبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب في المرأة تستحاض ومن قال لا تدع الصلاة...: ٦٣/١، والترمذي في جامعه، أبواب الطهارة، باب في المستحاضة، عارضة الأحوزي: ١٩٧/١، والنسائي في سننه، كتاب الطهارة، باب في ذكر الاغتسال من الحيض؛ المجتبى من السنن: ٩٦/١، وابن ماجه في سننه، كتاب الطهارة، باب ما جاء في المستحاضة التي قد عدت أيام إقائها قبل أن يستمر بها الدم: ٢٠٣/١ حديث رقم ٦٢٤، ومسند أحمد: ٤٦٤/٦ .

فصل : وتبطل طهارتها بدخول الوقت كما تبطل بخروجه^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢) في قوله تبطل بالخروج خاصة فتيين الخلاف إذا توضأت قبل الظهر ثم زالت الشمس لم تبطل الطهارة عنده. دليلنا: إنها طهارة ضرورية متعلقة بالوقت فلم تزد عليه كالمسح على الخفين وعلى قولهم تزيد، لأنه إذا توضأت طلوع الشمس استباححت الصلاة ما لم يدخل وقت العصر.

١١٦ - مسألة : يحرم وطء المستحاضة ما لم يخف العنت، وفيه رواية أخرى يكره ولا يحرم،^(٣) وبه قال أكثرهم^(٤) وجه الأولى: وهي اختيار الخرقي ما روى عن عائشة أنها قالت : « لا توطأ المستحاضة »، ولأنه دم يختص بالنساء أو يختص بالفرج فأشبهه الحيض وعكسه الناصور والباسور، لأنه لا يختص بالفرج ولا النساء ولا يلزم إذا خاف العنت لأن التعليل لجواز أن يكون للدم تأثير في المنع .

(١) الكافي : ٨٤/١ ، والروض المربع : ٥٧/١ .

(٢) تحفة الفقهاء : ١٦٨/١ .

(٣) جاء في الكافي : ٨٤/١ : (قال أصحابنا: ولا توطأ مستحاضة لغير ضرورة، لأنه أدى في الفرج، أشبه دم الحيض).

(٤) جاء في كشف القناع : ٢١٧/١ (ولا يباح وطء المستحاضة من غير خوف العنت منه أو منها لقول عائشة : «المستحاضة لا يغشاها زوجها» ، ولأن بها أدى ، فحرم وطؤها كالحائض ، وعنه يباح مطلقاً وهو قول أكثر العلماء ، لأن حمئة كانت تستحاض وكان زوجها طلحة بن عبيد الله يجامعها) .

كتاب الصلاة^(١)

١١٧- مسألة^(٢): الصلاة تجب بأول الوقت وجوباً موسعاً،^(٣) وبه قال أكثرهم،^(٤) واختلف أصحاب أبي حنيفة فعنهم كمذهبنا، وعنهم أنها تجب بآخره،^(٥) واختلف من قال: آخره إذا فعلها في أول الوقت فمنهم من قال: تقع نافلة يمنع الفرض في الثاني، ومنهم من قال: يكون مراعاة من جاء آخر الوقت وهو من أهل الوجوب تبيناً أنها كانت فريضة ومثل هذا يقولون فيمن أسلف الزكاة. دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عمر: الشفق الحمر،^(٦) فإذا غاب الشفق فقد

- (١) الصلاة لغة: الدعاء بالخير. وشرعاً: (أقوال وأفعال مخصوصة مفتتحة بالتكبير مختتمة بالتسليم). والتارك للصلاة فيه روايتين هل يقضي أم لا؟ قال في المبدع: وظاهره أنه لا يقضي مدة امتناعه كغيره من المرتدين لعموم الأدلة على ذلك.
- (٢) قال في الإقناع وشرحه: لا يقبل من ترك الصلاة تهاوناً وكسلاً، وكذا من جحد وجوبها، حتى يستتاب ثلاثة أيام كمرتد - أي كسائر المرتدين نصاً، ويطبق عليه. وذكر القاضي أنه يضرب، فإن تاب من ترك الصلاة تهاوناً وكسلاً بفعلها أي بفعل الصلاة خلي سبيله، ونقل صالح توبته أن يصلي لأن كفره بالامتناع منها فتحصلت توبته بها، بخلاف جاحدها، فإن توبته إقراره بما جحد مع الشهادتين كم يعلم مما يأتي في باب المرتد، ولا بد أن يستتبيه الإمام أو نائبه قبل القتل، وعند الشافعي ومالك يقتل حداً. وعند أبي حنيفة يسجن إلى أن يصلي أو يموت، فيكون قتله مرتداً من مفردات الإمام أحمد وعنه رواية أنه حد.
- (٣) قال ابن قدامة: (وتجب الصلاة بأول الوقت، لأن الأمر بها يتعلق بأول وقتها، والأمر يقتضي الوجوب، ولأنه سبب الوجوب، فثبت عقبيه كسائر الأسباب) انظر: الكافي، ٩٨/١، شرح منتهى الإرادات: ١٢٠/١.
- (٤) اللمع للشيرازي: ص ٩، لأن الواجب الموسع عند الشافعية يتعلق بأول الوقت. وقال الشافعي: يصلي الصلوات كلها في أوائل أوقاتها إلا في شدة الحر فإنه يبرد بالظهر إذا كان إماماً. انظر: المهذب: ١٠٣/١.
- (٥) لأن الواجب الموسع يجب عند الأحناف بآخر الوقت. انظر: بدائع الصنائع: ٢٩١/١، أصول السرخسي: ٣٠/١.
- (٦) سنن الدارقطني: ٢٦٩/١، السنن الكبرى: ٣٧٣/١.

وجبت الصلاة وظاهر هذا وجوب عشاء الأخيرة بأول وقتها، ولا يمكن حمله على المغرب، لأن تلك عندهم لا تجب إذا غاب الحمرة، لأنه لم يصر آخر وقتها، ولأنه أحد طرفي الوقت فكان وقتاً للوجوب كالطرف الآخر وهذا أصح من قولنا فتعلق به الوجوب، لأن الوجوب عندنا سابق للطرف الآخر.

فصل: ويستقر بأول الوقت، وقال أبو حنيفة: بخروجه،^(١) وقال مالك: بتضايقه، وقال الشافعي: حتى يمضي وقت الإمكان.^(٢) الدلالة على الشافعي إنه أحد طرفي الوقت فلا يعتبر فيه الإمكان كالطرف الآخر وبيانه أنهم يقولون: إذا زالت الأعذار في آخر الوقت وقد بقي مقدار ركعة في أحد القولين وفي الآخر بتكبيره وجبت الصلاة، ولأنه إدراك علق به الوجوب فحصل بتكبيره إدراك المسافر خلف المقيم وهذا على الجميع.

١١٨ - مسألة: آخر وقت الظهر إذا صار ظل كل شيء مثله،^(٣) وبه قال الشافعي وأبو داود، ورواية عن أبو حنيفة وهي اختيار صاحبيه، وعنه رواية أخرى: أن وقتها إذا صار ظل كل شيء مثله، وأول وقت العصر إذا صار ظل كل شيء مثليه فعلى هذا بينهما وقت ليس من وقتيهما، وعنه رواية ثالثة: آخر وقتها إذا صار ظل كل شيء مثليه وعليها يتناظرون، وقال مالك وقت الاختيار زوال الظل والجواز إلى الغروب فيمتزج الوقتان. دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عباس: «أمنني جبريل عند البيت فصلى بي الظهر حين زالت الشمس، وكانت

(١) أصول السرخسي: ج١، ص ٣٠ وما بعدها، وكشف الأسرار: ٢١٥/١.

(٢) اللمع للشيرازي: ص ٩، المستصفى للغزالي: ٧٠/١.

(٣) قال ابن قدامة: (وأول وقتها إذا زالت الشمس، وآخره إذا كان ظل كل شيء مثله بعد القدر الذي زالت الشمس عليه). انظر: الكافي: ٩٥/١، والمهذب: ١٠١/١، والام: ٧٢/١.

وعند الحنفية: آخر وقت الظهر عند أبي حنيفة إذا طار ظل كل شيء مثليه. انظر: الأصل: ١٤٤/١.

بقدر الشراك، ثم صلى بي العصر حين صار ظل كل شيء مثليه، ثم صلى بي المغرب حين أفطر الصائم، ثم صلى بي العشاء حين غاب الشفق، ثم صلى بي الفجر حين حرم الطعام والشراب على الصائم، ثم صلى في الغد الظهر حين صار ظل كل شيء مثليه، ثم صلى بن المغرب حين أفطر الصائم، ثم صلى بي العشاء إلى ثلث الليل ثم قال : الوقت ما بين هذين الوقتين، وقال : يا محمد هذا وقت الأنبياء صلى الله عليهم قبلك فيما بين هذين الوقتين»^(١) وأيضاً فإنهم صلاتان تزيد الأولى على الثانية كالمغرب مع العشاء».

فصل : والدلالة على مالك^(٢) قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «إن للصلاة أولاً وآخرأ، وإن أول وقت الظهر حين تزول الشمس وآخر وقتها حين يدخل وقت العصر»^(٣) رواه أحمد وغيره، ولأنهما صلاتان مفروقتان فلا تمتزج فيهما كالفجر مع الظهر.

١١٩ - مسألة : للمغرب وقتان،^(٤) وبه قال أبو حنيفة وداود،^(٥) وقال مالك والشافعي : لها وقت واحد.^(٦) وقد روي عنه أبو ثور كمذهبنا، واختلف أصحابه فمنهم من قال : إذا دخل الوقت وأمكنه أن يتطهر ويلبس ويؤذن ويقيم ويصلي ثلاث ركعات متوسطة فلم يفعل أثم وصار قاضياً، ومنهم من قال : إذا دخل

(١) مسند أحمد : ٣٣٣/١ .

(٢) المدونة : ١٥٦/١ .

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن : ٢٦٢/١ .

(٤) جاء في الكافي : ٩٦/١ : (ثم المغرب وهي الوتر، وأول وقتها إذا غابت الشمس، وآخره إذا غاب الشفق الأحمر) .

(٥) مختصر الطحاوي : ص ٣٣ ، والبدائع : ٣٥٣/١ ، والمبسوط : ١٤٤/١ .

(٦) الوجيز للغزالي : ٣٣/١ ، والمجموع : ٣٣/٣ ، والأم : ٧٣/١ ، والمهذب : ١٠٢/١ ، وجاء فيه : (وأول وقت المغرب إذا غابت الشمس، لما روي أن جبريل عليه السلام صلى المغرب حين غابت الشمس، وأفطر الصائم، وليس لها إلا وقت واحد وهو بمقدار ما يتطهر ويستر العورة ويؤذن ويقيم الصلاة ويدخل فيها) .

فيها على حسب ما بينا ثم استدأماها إلى أن يدخل وقت صلاة عشاء الأخيرة جاز له ذلك ومثله إذا أحرم بالفجر واستدأماها إلى أن يدخل وقت صلاة أخرى. دليلنا: قوله ﷺ في حديث عمرو بن العاص: «وقت المغرب ما لم يسقط ثور الشفق»^(١). وفي حديث أبي هريرة: «وقت المغرب إذا غابت الشمس وآخره حين يغيب الشفق»^(٢)، وروى الأفق، ولأنها صلاة مفروضة لها وقتان كسائر الفرائض.

١٢٠ - مسألة: الشفق الذي بغيبوبته تدخل عشاء الأخيرة الحمرة وبه قال أكثرهم،^(٣) وقال أبو حنيفة: ^(٤) البياض ووافقنا أصحابه.^(٥) دليلنا: ما تقدم من قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «الشفق الحمرة»^(٦)، فإذا غاب الشفق وجبت الصلاة، ولأنها صلاة يدخل وقتها بأحد النيرين المشتركين في الاسم الخاص فكذلك بأنورهما كصلاة الصبح، ولأن الحمرة أحد الشفقين فكان ما بعده وقتاً لعشاء الأخيرة كالبياض.

١٢١ - مسألة: إذا زالت الأعذار كالبلوغ والإسلام والطهر من الحيض والإفاقة من الجنون قبل أن تغيب الشمس بقدر تكبيرة لزم صلاة الظهر والعصر،^(٧)

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ٤٢٧/١، وأبو داود في السنن: ١٠٩/١.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه: ٢٨٣/١.

(٣) الأم: ١٧٤/١، والمهذب: ١٠٢/١، وجاء فيه: (الشفق وهو الحمرة، وقال المزني: الشفق: البياض).

(٤) الهداية: ٣٩/١، والبدائع: ٣٥٤/١.

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ج١، ص ١٠١ وما بعدها: (واختلفوا في تفسير الشفق، قال أبو حنيفة: هو البياض. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: هو الحمرة).

(٦) السنن الكبرى للبيهقي: ٣٧٣/١.

(٧) جاء في الكافي: ٩٤/١: (وإذا بلغ الصبي أو أفاق المجنون أو أسلم الكافر أو طهرت الحائض قبل غروب الشمس لزمتهن الظهر والعصر، وإن كان ذلك قبل طلوع الفجر، لزمتهن المغرب والعشاء، وإن بلغ في وقت الفجر لم يلزمه غيرها).

وكذلك قبل طلوع الفجر لزم المغرب والعشاء وبه قال أبو حنيفة إلا إنه لا يوجب أحد الصلاتين بما يوجب الأخرى، وقال مالك : لا تجب الصلاة إلا بقدر ركعة، وعن الشافعي كالمذهبين. دليلنا: ما تقدم من القياس على إدراك المسافر لصلاة مقيم، ولأنه أدرك شيئاً من الوقت فأشبهه الركعة.

فصل: إذا ثبت هذا فإن الظهر يجب في حق هؤلاء بما يجب به العصر، وهكذا المغرب بما تجب به العشاء الأخيرة، وقال أبو حنيفة لا تجب إحداهما بما تجب به الأخرى، وقال الشافعي في الجديد تجب بما تجب به الأخرى مع اختلاف قوله فيما تجب به إحداهن على ما حكينا عنه، وقال في القديم يحتاج أن يدرك من الوقت ما يمكن فيه فعل الأولى مع تكبيرة من الثانية أو ركعة، وبه قال مالك. دليلنا: ما روي عن عبدالرحمن بن عوف وابن عباس أنهما قالوا : «إذا طهرت وقت العصر قضت الظهر والعصر وإذا طهرت وقت العشاء قضت المغرب والعشاء»، ولا مخالف لهما، ولأن كل من لزمه عصر يومه لزمه ظهر يومه كالمغمى عليه ونخص مالك والشافعي بأنه إدراك يتعلق به الوجوب فحصل بقدر تكبيرة إدراك المسافر صلاة المقيم.

١٢٢ - مسألة : الإغماء لا يسقط فرض الصلاة،^(١) وبه قال أبو حنيفة^(٢) في خمس صلوات فما دون، وقال أكثرهم : يسقط.^(٣) دليلنا: ما روي عن عمار وعمران بن حصير وسمرة أنهم قالوا : عليه القضاء، ولأن الإغماء يجوز على الأنبياء فلا يسقط القضاء مع القدرة كالنوم ولا يلزم الجنون، لأنه لا يجوز على الأنبياء، ويلزم الموت لأنه لا يمكن معه القضاء، ولأن الصلاة أحد العبادات

(١) قال البهوتي: (ويقضي من زال عقله، نوم أو إغماء أو سكر طوعاً أو كرهاً أو نحوه). فالأحناف يقولون: (الإغماء إذا زاد على يوم وليلة يسقط فرض الصلاة، وإن كان أقل من ذلك لا يسقط).

(٢) المبسوط : ٢١٧/١، ومختصر الطحاوي : ص ٢٤.

(٣) المجموع : ٨/٣، والمهذب : ٨٥/١.

الخمس فأشبهه بقيتها. ونخص أبا حنيفة بأن ما لا يسقط القضاء في النوم كذلك فيما زاد عليه كالنوم وعكسه الجنون والموت.

١٢٣ - مسألة: التغلّس^(١) بالفجر أفضل، وبه قال أكثرهم، إلا إننا نحن نقول: إذا كان التغلّس يشق عليهم ويفوتهم الجماعة استحيينا الإسفار.^(٢) دليلنا: قوله تعالى: ﴿حافظوا على الصلوات﴾،^(٣) وقوله: ﴿سارعوا إلى مغفرة﴾،^(٤) وقوله في حديث أبي عبد الرحمن الصنابحي: «لا تزال أمتي في مسكه ما لم يعملوا بثلاث: ما لم يؤخروا المغرب بانتظار الإظلام مضاهاة اليهود، وما لم يؤخروا الفجر إحقاق النجوم مضاهاة للنصارى، وما لم يكلوا الجنائز إلى أهلها»،^(٥) وقول ابن عمر: كان رسول الله ﷺ يغلس بالفجر وكان للدوام، ولأنها لا تقصر في السفر فهي كالمغرب، ولأنها في الطرف الأول من أحد الزمانين فأشبهه ما ذكرنا.

١٢٤ - مسألة: يستحب تعجيل الظهر في الشتاء وفي الصيف إذا لم يصلها في مسجد الجماعة،^(٦) وبه قال الشافعي،^(٧) وقال مالك: يستحب لمساجد

(١) التغلّس: ظلام آخر الليل. المصباح: مادة (غلس).

(٢) الإسفار: ظهور ضوء الصبح. مختار الصحاح: مادة (سفر).

(٣) سورة البقرة: آية: ٢٣٨.

(٤) سورة آل عمران: آية: ١٣٣.

(٥) أخرجه أحمد في المسند: ٣٤٩/٤.

(٦) جاء في الممتع: ٣٣٥/١: (والأفضل تعجيلها إلا في شدة الحر والغيم لمن يصلي جماعة، أما كون الأفضل تعجيل الظهر في غير الحالتين المذكورتين فلحديث أبي بركة الأسلمي قال: كان رسول الله ﷺ يصلي الظهر التي يدعونها الأولى حين تدحض الشمس، يعني حين تزول)، متفق عليه، أخرجه البخاري: ٢٠١/١، كتاب مواقيت الصلاة.

(٧) جاء في المذهب: ١٠٣/١: (وأما الظهر فإنه إن كان في غير حر شديد فتقديمها أفضل، لأن الأمر تناول أول الوقت فاقضى الوجوب فيه، ولما روى عبد الله قال: سألت رسول الله ﷺ: أي الأعمال أفضل؟ قال: «الصلاة في أول وقتها»، رواه البخاري في كتاب المواقيت، ومسلم والنسائي وابن ماجه).

الجماعات أن يؤخروا بها إلى أن يصير الفئ ذراعاً^(١). دليلنا: ما تقدم من الآيات والأخبار وقول عائشة: «ما رأيت أحد أشد تعجيلاً للظهر من رسول الله ﷺ»،^(٢) ولأنها صلاة تجمع بما بعدها فكان تعجيلها في غير حال العذر أفضل كالمغرب^(٣).

١٢ - مسألة: تعجيل العصر أفضل،^(٤) وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: تؤخر ما لم تصفر الشمس.^(٦) دليلنا: قول أنس: «كان رسول الله ﷺ يصلي العصر ثم يذهب الذهاب إلى العوالي والشمس مرتفعة»،^(٧) قال الزهري والعوالي على ميلين وثلاثة وأحسبه قال وأربعة من المدينة، وعن نافع ابن خديج كنا نصلي مع النبي ﷺ العصر ثم ننحر فنقسم ثم يطبخ فنأكل لحماً نضيجاً قبل أن تغيب الشمس، ولأنها صلاة يستحب تعجيلها في الغيم كذلك في الصحو كالصبح بالمزدلفة، ولا يلزم عشاء الأخيرة لقولنا في يوم الغيم وتلك في الليلة.

- (١) جاء في المدونة: ١٥٦/١: (قال سحنون، قال ابن القاسم: قال مالك: أحب ما جاء في وقت صلاة الظهر إلى قول عمر بن الخطاب أن صلوا الظهر والفئ ذراع، قال ابن القاسم: قال مالك: وأحب إلي أن يصلي الظهر في الشتاء والصيف والفئ ذراع).
- (٢) أخرجه الترمذي في جامعه: ٢٩٢/١ وقال هذا حديث حسن.
- (٣) جاء في اختلاف الفقهاء: ١٩٥/١: (وقال أصحابنا يصلي الظهر في الشتاء في أول الوقت، ويؤخرها في الحر حتي يبرد).
- (٤) جاء في الممتع: ٣٣٨/١: (ثم العصر وهي الوسطى ... وتعجيلها أفضل بكل حال.. لما روى أنس قال: كان رسول الله ﷺ يصلي العصر، فيذهب أحدنا إلى العوالي والشمس مرتفعة). أخرجه البخاري: ٢٠٢/١.
- (٥) قال الشيرازي: (وتجب الصلاة في أول الوقت ... والأفضل فيما عدا الظهر والعشاء التقديم المذهب: ١٠٣/١).
- (٦) جاء في تحفة الفقهاء: ١٠٢/١: (وفي العصر: المستحب هو التأخير ما دامت الشمس بيضاء نقية في الشتاء والصيف).
- (٧) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢٠٢/١.

١٢٦ - مسألة : الوسطى المرادة بقوله : «والصلاة والوسطى» هي صلاة العصر،^(١) وبها قال أبو حنيفة،^(٢) وقال مالك^(٣) والشافعي^(٤) : هي الصبح. دليلنا : ما روى علي كرم الله وجهه عن النبي ﷺ أنه قال^(٥) في يوم الأحزاب : «شغلونا عن الصلاة الوسطى صلاة العصر ملأ الله بيوتهم وقبورهم ناراً»، ثم صلاها بين المغرب والعشاء ، ولأن الفجر لا يقصر في السفر أو في الطرف الأول من أحد الزمانين فلا تكن الوسطى كالمغرب.

١٢٧ - مسألة : يستحب تأخير عشاء الأخيرة،^(٦) وبه قال أكثرهم^(٧) خلافاً للشافعي^(٨) في أحد قوليه. دليلنا : ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال :

(١) جاء في الممتع : ٣٣٨/١ : (ثم العصر وهي الوسطى ... أما كونها الوسطى فلما روى علي رضي الله عنه ... الخ).

(٢) انظر : بدائع الصنائع : ج ١ ، ص ٣٥٠ وما بعدها ... أخرج الترمذي في صحيحه عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : (الصلاة الوسطى صلاة العصر) انظر : مصابيح السنة : ٨١/١ حديث رقم ٤١٨ .

(٣) جاء في الدسوقي على الشرح الكبير : ١٧٩/١ : (وهي أي صلاة الصبح الصلاة الوسطى المذكورة في قوله تعالى : «حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى»).

(٤) قال الشيرازي : (وأكد الصلاة في المحافظة عليها الصلاة الوسطى ... وهي الصبح والدليل قوله تعالى : «وقوموا لله قانتين» فقرنها بالقنوت ، ولا قنوت إلا في الصبح ، ولأن الصبح يدخل وقتها والناس في أطيب نوم فخصت بالمحافظة عليها حتى لا يتغافل عنها بالنوم) انظر : المهذب : ١٠٤/١ .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب المغازي باب غزوة الأحزاب ، وأخرجه مسلم في صحيحه : ٤٣٧/١ ، كتاب المساجد .

(٦) جاء في الكافي : ٩٧/١ (والأفضل تأخيرها لقول أبي برزة : كان النبي ﷺ يستحب أن يؤخر العشاء) متفق عليه .

(٧) جاء في فتح القدير : ٢٢٨/١ : (وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل لقوله ﷺ : لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل) . انظر بدائع الصنائع : ٣٥١/١ ، ومختصر الطحاوي : ص ٢٣ .

(٨) (وأما العشاء ففيها قولان ؛ قال في القديم والإملاء : تقديمها أفضل ، وهو الأصح .. وقال في الجديد : تأخيرها أفضل) . انظر المهذب : ١٠٤/١ .

«مكتنا ذات ليلة ننتظر النبي ﷺ لصلاة العشاء فخرج إلينا حين ذهب ثلث الليل، أو بعده، فلا ندري شيء شغله أم غير ذلك فقال حين خرج : «أنتظرون هذه الصلاة ؟ لولا أن تثقل على أمتي لصليت بهم هذه الساعة، ثم أمر المؤذن فأقام الصلاة»^(١)، ولأن الليل أحد الزمانين فكان من صلاته ما يستحب فيها التأخير كالنهار.

١٢١- مسألة: يستحب تأخير الظهر وتعجيل العصر في الغيم، وكذلك المغرب والعشاء،^(٢) وبه قال أبو حنيفة،^(٣) وقال الشافعي: الغيم والصحو سواء.^(٤) دليلنا: أنه نوع عذر فجاز أن يؤثر في التقديم والتأخير كالسفر، ووجه العذر أن الأرياح والأمطار غالباً يكون مع الغيم فيشق الخروج والدخول، فإذا أخر إحداهما إلى آخر وقتها وقدم الأخرى اقتصر على خروج واحد.

١٢٢- مسألة: لا يستحب الترجيع^(٥) في الأذان،^(٦) وبه قال أبو حنيفة^(٧) خلافاً

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب في وقت تأخير العشاء الآخرة: ١١٤/١ حديث رقم ٤٢٠.

(٢) جاء في الممتع: ٣٣٧/١: (أن صاحب المغني نقل عن القاضي أنه قال: يستحب تأخير الظهر والمغرب في الغيم، لأنه وقت يخاف منه العوارض والموانع من المطر والريح والبرد فتلحقه المشقة في الخروج لكل صلاة).

(٣) جاء في فتح القدير: ٢٢٧/١: (يستحب تعجيل المغرب، وهو أن لا يفصل بين الأذان والإقامة إلا بجلسة خفيفة أو سكت على الخلاف).

(٤) انظر: المذهب: ج١، ص ١٠١ ومابعدا.

(٥) الترجيع: هو أن يتدئ المؤذن بالشهادتين فيقول: أشهد أن لا إله إلا الله مرتين، وأشهد أن محمداً رسول الله مرتين، يخفض بهما صوته، ثم يرجع إليهما ويرفع بهما صوته). بدائع الصنائع: ٤٠٥/١، وفتح القدير: ٢٤١/١.

(٦) جاء في الكافي: ١٠١/١: (وإن رجع في الأذان، أو ثنى الإقامة فلا بأس، لأنه من الاختلاف المباح).

(٧) جاء في تحفة الفقهاء: ١١٠/١: (وقال عامة الفقهاء لا ترجيع في الأذان، وقال الشافعي: الترجيع فيه سنة). انظر: الهداية: ٤١/١ ومختصر الطحاوي: ص ٢٥.

لمالك^(١) والشافعي^(٢) وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن الأصل في الأذان حديث عبد الله بن زيد ولم يذكر الترجيع فيه، ولأنه دعا إلى الصلاة فأشبهه الإقامة.

١٣٠ - مسألة: لفظ التكبير في أول الأذان^(٣) أربعاً، وبه قال أكثرهم، وقال مالك: هو دفعتان كآخره.^(٤) دليلنا: أنه مذكور في حديث عبد الله بن يزيد وفي أذان بلال وأبي محذورة، ولأنه ذكر في طرفي الأذان فكان في أوله على الضعف في آخره. دليله كلمة التوحيد.

١٣١ - مسألة: الإقامة فرادى^(٥)، وبه قال أكثرهم^(٦)، وقال أبو حنيفة: هي شفع

(١) جاء في الدسوقي على الشرح الكبير: ١٩٣/١: (يعني أنه يسن للمؤذن أن يرجع الشهادتين بأعلى من صوته بهما أولاً، ويكون صوته في الترجيع مساوياً لصوته في التكبير ولا يبطل الأذان بترك الترجيع).

(٢) انظر الأم: ٨٤/١، والوجيز: ٣٦/١.

(٣) الأذان: لغة: مطلق الإعلام ... وشرعاً هو: الإعلام بدخول وقت الصلاة بألفاظ مشروعة. انظر الدسوقي: ١٩١/١.

(٤) هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، ولقد لخص ابن رشد الأقوال فيها على النحو التالي: أ - مذهب أهل المدينة (مالك وغيره) وهو: تثنية التكبير في الأذان، وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى.

ب - آذان المكيين، وبه قال الشافعي: وهو: تربيع التكبير الأول، والشهادتين وتثنية باقي الأذان.

ج - آذان الكوفيين، وبه قال أبو حنيفة وابن حنبل وهو: تربيع التكبير الأول وتثنية باقي الأذان.

د - آذان البصريين، وبه قال الحسن البصري وابن سيرين، وهو: تربيع التكبير الأول وتثليث الشهادتين، وحي على الصلاة، وحي على الفلاح.

وسبب الخلاف هو اختلاف الآثار في ذلك، واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم. انظر: المبسوط: ج١، ص ١٢٩، وفتح القدير: ج١، ص ٢٤١، وبداية المجتهد: ج١، ص ١٠٦، والوجيز: ج١، ص ٣٦.

(٥) جاء في الممتع: ج١، ص ٣٢٤: (أما كونه إذا ثنى الإقامة، وهو أن يقيم كما يؤذن بزيادة قد قامت الصلاة مرتين لا بأس .. وهذا يشعر بأن الأولى أن لا يرجع الأذان ولا يثنى الإقامة وهو صحيح).

(٦) جاء في المذهب: ج١، ص ١١١: (والإقامة إحدى عشر كلمة، وقال في القديم: الإقامة مرة مرة، والأول أصح).

كالأذان،^(١) وعن أحمد: الكل سنة.^(٢) دليلنا: قول أنس: «أمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة»،^(٣) وقول ابن عمر: «كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مثنى مثنى، والإقامة مرة مرة إلا قوله: قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة، فإنه يقولها مرتين»،^(٤) ولأنه ثاني لأول يشتمل على تكبيرات متكررة فكان في الثاني أنقص من الأول كالتكبير في العيدين، ولأنه تكرر لما جرى ذكره في الأذان فأشبهه آخر الأذان مع أوله.

١٣ - مسألة: ويقول قد قامت الصلاة مرتين، وبه قال أكثرهم،^(٥) وقال مالك: دفعة.^(٦) دليلنا: ما تقدم من حديث أنس وابن عمر، ولأن لفظة قد قامت الصلاة مبتدأ لم يجر له ذكر فكان مثنى كأول الأذان.

١٣ - مسألة^(٧): الأذان فرض على الكفاية،^(٨) وبه قال داود، وقال أكثرهم: سنة.^(٩) دليلنا: قوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي»،^(١٠) وقوله: «إذا كنتم اثنين فأذنا وأقيما»،^(١١) ولأنها من فروض الأعيان فيقدمها ذكر واجب كالجمعة، ولأن الأذان من أعلام الدين الظاهرة فأشبهه الحج والجهاد.

(١) انظر: القدوري: ص ٨، والهداية: ٤١/١، والمبسوط: ١٢٩/١، وبدائع الصنائع: ٤٠٦/١.

(٢) انظر: الممتع: ٣٢١/١.

(٣) أخرجه الشيخان. انظر: البخاري: ٨٢/٢، ومسلم: ٢٨٦/١.

(٤) أخرجه أبو داود: ١٤١/١، والنسائي في السنن الكبرى: ٤٩٦/١، وأحمد في المسند: ٨٥/٢.

(٥) انظر: الممتع: ٣٢٤/١، والمهذب: ١١١/١.

(٦) انظر: الدسوقي على الشرح الكبير: ١٩٢/١.

(٧) اختلف الفقهاء في حكم الأذان .. هل هو واجب أم سنة؟ وإذا كان واجباً فهل هو فرض عين أم سنة؟ ..

(٨) جاء في الكافي: ١٠٠/١: (وهو من فروض الكفاية، لأنه من شعائر الإسلام الظاهرة).

(٩) انظر: فتح القدير: ٢٤٠/١، الدسوقي على الشرح: ١٩٠/١، المهذب: ١٠٧/١ وقد جاء فيه: (وهما سنتان، ومن أصحابنا من قال بأنهما فرض من فروض الكفاية).

(١٠) أخرجه البخاري، كتاب الأذان، باب ١٨.

(١١) أخرجه الطبراني في الجامع الكبير عن مالك بن الحويرث: ج ١٩ حديث رقم ٦٣٨.

١٣٤ - مسألة: يعتد بأذان الفجر قبل وقت الصلاة،^(١) وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة،^(٣) وعن أحمد أنه يكره ذلك في شهر رمضان خاصة، لأن لا يمنع السحور. دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عمر وعائشة «أن بلالاً يؤذن بليل فكلوا حتى يؤذن ابن مكتوم»،^(٤) ولأنها صلاة نهار مفروضة يجهر فيها بالقراءة فجاز أن يؤذن لها في وقت لا يجوز فعلها كالجمعة.

١٣٥ - مسألة: إذا اجتمع فوات أذن وأقام للأولى وأقام لما بعدها،^(٥) وقال أبو حنيفة: يؤذن ويقيم لكل صلاة،^(٦) وقال مالك: يقيم لكل صلاة، وعن الشافعي كمذهبنا ومذهب مالك،^(٧) وعنه أنه إذا أمّل إجتماع الناس أذن وأقام وإلا أقام، فالدلالة على الأذان في الأولى خلافاً لمالك وأحد أقوال الشافعي ما روى أحمد بإسناده عن عبد الله: «أن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات، فأمر بلالاً فأذن وأقام للظهر ثم أمره فأقام لكل صلاة إقامة إقامة»،^(٨) ولأنه دعا إلى الصلاة فجاز أن يسن في الفائتة كالإقامة، والدلالة

(١) جاء في الكافي: ١٠٠/١: (ولا يجزئ الأذان قبل الوقت، لأنه لا يحصل المقصود منه إلا الفجر، فإنه يجزئ الأذان لها بعد نصف الليل).

(٢) جاء في المهذب: ١٠٨/١: (ولا يجوز الأذان لغير الصبح قبل دخول الوقت، لأنه يراد بها الإعلام بالوقت فلا يجوز قبله.. وأما الصبح فيجوز أن يؤذن لها بعد نصف الليل). انظر: الأم: ٨٣/١، والمجموع: ٩٤/٣.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ١١٦/١: (وأما وقت الأذان فهو وقت الصلوات المكتوبة حتى إذا أذن قبل وقتها لا يجوز، وهذا جواب ظاهر الرواية).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٩٥) كتاب الأذان، وأخرجه مسلم في كتاب الصيام.

(٥) جاء في مغني المحتاج: ١٣٥/١: (فإن كانت فوائت وأراد قضاءها في وقت واحد لم يؤذن لغير الأولى... ويقيم لكل منها). انظر: كشف القناع: ٢٤٤/١، والمزني: ص ١٧.

(٦) فتح القدير: ٢٥١/١، والأصل: ١٣٥/١.

(٧) المدونة: ٩٢/١.

(٨) أخرجه النسائي: ١٧/١، موارد الظمآن إلى موارد ابن حبان: ص ٩٤.

على أنه لا يعتبر تأميل الاجتماع أنه دعا إلى الصلاة فأشبهه الإقامة. والدلالة على أنه لا يؤذن للثانية خلافاً لأبي حنيفة ما تقدم من حديث عبد الله ، ولأنهما صلاتان يفعلا في وقت ، فلا يؤذن للثانية منهما كالمغرب وعشاء الأخيرة بالمزدلفة.

فصل : فإن جمع بين الصلاتين في وقت الثانية فالحكم عندنا كالفائتين،^(١) وعند أبي حنيفة لا تجمع إلا في موضعين : بالمزدلفة بين العشاءين في وقت الثانية بأذان وإقامة، فإن تطوع بينهما فأذان وإقامتين.^(٢) والموضع الثاني: بين الظهر والعصر بعرفة في وقت الأولى فيكون بأذان وإقامتين، واختلف قول الشافعي إذا كان الجمع في وقت الثانية كاختلافه في الفوائت،^(٣) وعن أحمد رواية الكل جائز^(٤) لا بأس به، وذكرها الخرقى. فالدلالة على أن الأذان مسنون ما رواه عبد الباقي بن قانع بإسناده عن ابن عمر: «أنه صلى صلاتين تجمع بأذان وإقامة ثم قال صليناها مع رسول الله ﷺ بهذا المكان بأذان وإقامة»^(٥).

(١) جاء في الممتع: ٣٢٩/١: (ومن جمع بين صلاتين أو قضى فوائت أذن وأقام للأولى ثم أقام لكل صلاة بعدها .. أما كون من جمع بين صلاتين يؤذن ويقيم للأولى ، ثم يقيم ، فلما روى جابر : «أن النبي ﷺ جمع بينهما - أي بين المغرب والعشاء - بجمع بأذان وإقامتين) أخرجه مسلم في صحيحه: ٨٨٦/٢، كتاب الحج.

(٢) ملخص مذهب الأحناف في هذه المسألة أن الجمع مختص بعرفة ومزدلفة، ففي عرفة يجمع الظهر والعصر جمع تقديم بأذان واحد وإقامة واحدة، وبالمزدلفة يجمع بين المغرب والعشاء في وقت العشاء بأذان واحد وإقامة واحدة، وإن تطوع بينهما أقام العشاء إقامة أخرى). انظر: المختصر: ص ٦٤ وما بعدها، القدوري: ص ٢٧.

(٣) جاء في المهذب: ١٠٨/١: (فإن جمع بينهما في وقت الأولى منهما أذن وأقام للأولى، وأقام للثانية كما فعل رسول الله ﷺ بعرفة، وإن جميع بينهما في وقت الثانية فهما كالفائتين، لأن الأولى قد فات وقتها والثانية تبع لها).

(٤) جاء في الكافي: ١٠٢/١ ما حاصله: (يسن الأذان للفائتة وإن كثرت يؤذن ويقيم للأولى، ثم يقيم للثانية، فإن ترك الأذان للفائتة أو المجموعتين فلا بأس).

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٤٠١/١.

ولأنهما صلاتان تجمعان في وقت فشرع الأذان للأولى كما لو جمع في الوقت الأولى منهما.

فصل: والدلالة على أنه لا تكفي إقامة واحدة ، خلافاً لما اختاره الخرقى ما تقدم من الخبر، والقياس على الفوائت فإنه لم يختلف المذهب.

١٣٦ - مسألة: يثوب^(١) للفجر خاصة^(٢) وبه قال أكثرهم^(٣) وقال الشافعي في أحد قوليهِ : لا يثوب أصلاً^(٤) دليلنا: قول بلال : «أمرني رسول الله ﷺ أن أثنو في الفجر ولا أثنو في العشاء»^(٥) ذكر الخلاف في العلل، ولأن الناس نيام في وقت هذه العبادة فاستحب زيادة في اللفظ مبالغة في الدعاء ، ولهذا جوز الأذان قبل الوقت لهذا المعنى.

فصل: وموضعه بعد قوله حي على الفلاح^(٦) وبه قال الشافعي^(٧) على القول الذي يراه، وقد حكاه الطحاوي^(٨) عن أبي حنيفة وأبي يوسف^(٩) والذي يختاره

(١) التثويب: تثنية الدعاء، وقيل: «التثويب في أذان الفجر أن يقول المؤذن بعد قوله حي على الفلاح: الصلاة خير من النوم، يقولها مرتين». لسان العرب: ٢٤٧/١ مادة (ثوب).
(٢) جاء في الكافي لابن قدامة: ١٠١/١: (ويستحب أن يقول في آذان الصبح بعد حي على الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين... ويكره التثويب في غيره لما روى بلال: «قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أثنو في الفجر، ونهاني أن أثنو في العشاء»، رواه ابن ماجه، ودخل ابن عمر مسجداً يصلي فيه، فسمع رجلاً يثوب في آذان الظهر، فخرج وقال: أخرجتني البدعة».
(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ١١٠/١: (وقال عامة العلماء بالتثويب في آذان الفجر بأن يقال فيه: «الصلاة خير من النوم مرتين بعد قوله: (حي على الفلاح)». وقال الشافعي في قوله الجديد: «إنه لا تثويب فيه»).

(٤) الأم: ٧٣/١، ومختصر المزني: ٦١/١، والحاوي: ٧٠/٢، وفتح العزيز: ١٦٩/٣.
(٥) أخرجه الدارقطني في سننه: ٢٤٣/١، والطبراني في معجمه الكبير عن بلال: ح ١، حديث رقم ١٠٩٢.

(٦) انظر: الروض المربع: ص ٦٣، الكافي: ١٠١/١.

(٧) مغني المحتاج: ١٣٦/١، والمهذب: ١١٠/١.

(٨) آثار محمد: ص ١٢، والهداية: ٢٦/١.

(٩) جاء في العناية على الهداية: ٢٤١/١: (يزيد في آذان الفجر بعد الفلاح: «الصلاة خير من النوم مرتين»).

أصحابه أن يكون بين الأذان والإقامة،^(١) وصفته الصلاة خير من النوم دفعتين، وإن كان مكانه حي على الفلاح مرتين كان أفضل، وزعموا أنهم لا يعرفون الرواية عن صاحبهم بما رواه الطحاوي. دليلنا: ما تقدم من حديث عبدالله بن زيد وأبي محذورة على هذه الصفة، ولأنه إعلام بالصلاة فلا يخرج من الأذان والإقامة كيفية أفاظها، ولأنه دعاء بين الأذان والإقامة فكُره كدعاء الأمر.

١٣٧ - مسألة: الأفضل أن يلي الإقامة من أذن،^(٢) وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبي حنيفة ومالك: هما سواء في الفضيلة.^(٤) دليلنا: قوله ﷺ: «إن أخا صداء أذن ومن أذن فهو يقيم»^(٥)، ولأنهما فصلان من الذكر من جنس يتقدمان الصلاة فأشبهه الخطبتين.

١٣٨ - مسألة: يصح أذان الصبي، وبه قال الشافعي^(٦) خلافاً لأبي حنيفة وأحد الروايين عنا.^(٧) دليلنا: ما روى عن عبد الله بن أبي بكر بن أنس قال: كان عمومتي من الأنصار يأمروني أن أؤذن وأنا غلام لم أحتلم وأنس يشاهد ذلك لا ينكره ولا مخالف فصار جماعاً، ولأنه يصح إسلامه ويعقل الأذان، وله موقف في الصف وتصحيح طهارته فهو كالبالغ.

(١) جاء في فتح القدير: ٢٤٦/١: (وأحدث المتأخرون التشويب بين الأذان والإقامة على حسب ما تعارفوه).

(٢) الروض المربع: ٦٣/١، والمغني: ٣٠١/١، وجاء في الكافي: ١٠٥/١: (ويستحب لمن أذن أن يقيم).

(٣) الأم: ٨٦/١؛ وجاء في المهذب: ١١٥/١: (والمستحب أن يكون المقيم هو المؤذن).

(٤) بداية المجتهد: ١٠٩/١، المدونة: ٥٩/١.

(٥) أخرجه أحمد في المسند: ١٦٩/٤.

(٦) جاء في الكافي: ١٠٢/١: (وفي أذان الفاسق والصبي العاقل وجهان أحدهما يصح، لأنه مشروع لصلاتهما، وهما من أهل العبادات، والثاني لا يصح، لأنه إعلام بالوقت). انظر: مغني المحتاج: ١٣٧/١.

(٧) الأصل: ١٣٢/١، والتفريع: ٢٢١/١، والمزني: ص ١٢.

١٣٩- مسألة : إذا أذن في المنارة استحَب له أن يدور، وبه قال أبو حنيفة^(١) خلافاً للشافعي في أحد الروايتين.^(٢) دليلنا: ما روى عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه «رأيت بلالاً يؤذن ويدور فأتبعناه هاهنا وهاهنا وأصبعاه في أذنيه ورسول الله في قبة له حمراء»،^(٣) ولأن المنارة والصومعة تمنع من كمال الصوت والفرض الإعلام فاستحب له الدوران ليكون أبلغ.

١٤٠- مسألة: يجلس بين الأذان والإقامة للمغرب جلسة خفيفة بقدر ركعتين،^(٤) وقال أبو حنيفة : لا يجلس،^(٥) ووافقنا أصحابه.^(٦) دليلنا: أنه مذكور في حديث عبد الله بن زيد صاحب المنام، وأنه قال : فرأيتَه جلس للمغرب جلسة أو قال : قعد، ذكره العكبريون وأبو بكر النجاد، ولأنهما فصلان من الذكر يتقدمان الصلاة المؤداة، فإذا لم تفصل بينهما بصلاة فصل بجلسة كالخطبتين.

١٤١- مسألة : يجوز إعادة الجماعة في مسجد له إمام راتب بعد صلاته،^(٧)

(١) جاء في تحفة الفقهاء: ١١١/١: (ومنها أن يأتي بهما مستقبلاً للقبلة، إلا إذا انتهى إلى الصلاة والفلاح يحول وجهه يميناً وشمالاً، ولا يحول قدميه إلا إذا كان في الصومعة، فلا بأس أن يستدير في الصومعة ليخرج رأسه من نواحيها).

(٢) جاء في المذهب: ١١٢/١: (والمستحب أن يكون مستقبل القبلة، فإذا بلغ إلى الحيلة لوى عنقه يميناً وشمالاً ولم يستدير).

(٣) أخرجه البخاري: ٢٢٧/١، ومسلم: ٣٦٠/١، والترمذي: ٣٧٥/١.

(٤) جاء في الكافي: ١٠٥/١ ما ملخصه: (يستحب أن يؤذن في أول الوقت ليعلم الناس بوقت الصلاة، فيتهيؤوا لها، ويؤخر الإقامة لقول الرسول ﷺ: «اجعل بين أذانك وإقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله»، ولأن الإقامة لافتتاح الصلاة فينبغي أن تتأخر قدر ما يتهيؤون فيه للصلاة).

(٥) جاء في فتح القدير: ٢٤٦/١: (ويجلس بين الأذان والإقامة إلا المغرب، ولا خلاف أن وصل الأذان بالإقامة مكروه، لأن المقصود بالأذان الإعلام بدخول الوقت ليتهيؤوا، وبالوصل ينتفي هذا المقصود).

(٦) شرح فتح القدير: ٢٤٦/١.

(٧) جاء في الممتع: ٥٤٤/١: (ولا تكره إعادة الجماعة في غير المساجد الثلاثة، فلعموم قوله ﷺ: «صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة»). أخرجه البخاري في صحيحه: ٣٣١/١.

وقال أبو حنيفة : لا يجوز،^(١) وقال أبو يوسف : يجوز بلا آذان وإقامة،^(٢) وقال الشافعي: يجوز إذا كان من مساجد الأسواق التي تتكرر فيها الجماعة.^(٣) دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي سعيد وقد أبصر رجلاً يصلي وحده : «ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه»،^(٤) وكل صلاة جازت في المسجد الذي لا إمام له راتب جازت في الذي له إمام راتب كالأول.

١٤٢ - مسألة: يعتد بآذان الجنب.^(٥) وبه قال أكثرهم خلافاً لإسحاق،^(٦) وهو اختيار الخرقى. وجه قولنا: إنها أحد الطهارتين فأشبهه الصغرى، ولأنه ذكر يتقدم الصلاة فأشبهه الخطبة وقد نص أحمد عليها.

١٤٣ - مسألة: لا يجوز أخذ الأجرة على الآذان،^(٧) وبه قال أبو حنيفة^(٨) خلافاً لمالك والشافعي.^(٩) دليلنا: قوله ﷺ للمغيرة ابن شعبة : «لا تتخذ مؤذناً يأخذ

-
- (١) المغني: ٧٤/٣، وقد ورد في حاشية نسخة (أ): (كذلك عند مالك لا يجوز إعادة الجماعة في مسجد له إمام راتب بعد صلاته).
- (٢) جاء في كتب الحنفية: (ولا خلاف أنه لا يعاد الآذان والإقامة). انظر: المختصر: ص ٢٤، والمبسوط: ١٥٠/١، والمدونة: ١٢٥/١.
- (٣) جاء في المذهب: ١٨٠/١: (وإن كان المسجد في سوق أو ممر الناس لم يكره أن يستأنف الجماعة، لأنه لا يحمل الأمر فيه على الكياد).
- (٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ج ٣، ص ٦٨، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ج ١٧، حديث رقم ٤٧٩.
- (٥) جاء في الروض المربع: ٦٣/١ (يكره آذان جنب وإقامة محدث).
- (٦) جاء في بداية المجتهد: ١٠٩/١: (ولا يؤذن إلا على طهر لقول النبي ﷺ: «لا يؤذن إلا متوضئ»).
- (٧) جاء في الكافي: ١٠٥/١: (ولا يجوز أخذ الأجرة عليه). وجاء في الممتع: ٣١٩/١: (أما كون أخذ الأجرة على الآذان لا يجوز في أظهر الروايتين لقول الرسول ﷺ: «إن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على آذانه أجراً»).
- (٨) جاء في فتح القدير: ٢٤٧/١: (أن لا يأخذ أجراً لا يحل للمؤذن ولا الإمام).
- (٩) مغني المحتاج: ١٤٠/١ حيث جاء فيه: (والإمام يرزقهم وإن تعددوا بعدد المساجد)، وجاء في المذهب: ١١٥/١: (وإذا وجد من يتطوع بالآذان لم يرزق المؤذن من بيت المال).

أجراً»^(١) ولأن ما اختص أن يكون فاعله من أهل القرية لم يجز أخذ الأجرة عليه كالصلاة والصيام.

١٤٤ - مسألة : إذا تحرى القبلة وصلى فأخطأها فلا إعادة عليه،^(٢) وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً للشافعي في الجديد.^(٤) دليلنا : قول جابر بن عبد الله : كنا مع النبي ﷺ في مسير أو سفر فأصابنا غيم فتحرينا فاختلفنا في القبلة فصلى كل رجل منا على حدة ، فخططنا بين أيدينا لنعلم أمكنتنا التي صلينا فيها ، فلما أصبحنا نظرنا ، فإذا نحن على غير القبلة ، فذكرناه لرسول الله فقال : «أجزت صلاتكم ولم يأمرنا بالإعادة»^(٥) ولأنها جهة صلى إليها بالاجتهاد في حال الاشتباه فأشبهه القبلة وكأهل قباء.

١٤٥ - مسألة : يجوز النفل على الراحلة في السفر القصير والطويل،^(٦) وبه قال أكثرهم^(٧) ، وقال مالك : يختص بالطويل.^(٨) دليلنا : قوله تعالى

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الصلاة ، باب أخذ الأجرة على التأذين : ج ١ ، ص ١٤٦ ، وأخرجه أحمد في مسنده : ٢١/٤ حديث رقم ١٦٣١٤ . وأخرجه الترمذي في جامعه ، باب ما جاء في كراهية أخذ المؤذن أجراً : ٤٠٩/١ .

(٢) جاء في الممتع : ٤٠٠/١ : (ومن صلى بالاجتهاد ثم علم أنه أخطأ القبلة فلا إعادة عليه) .

(٣) تحفة الفقهاء : ١١١/١ ، الهداية : ٢٧٢/١ ، البدائع : ٣٤٢/١ ، ومختصر الطحاوي : ص ٢٦ .

(٤) مغني المحتاج : ١٤٧/١ . قال النووي في المنهاج : (ومن صلى بالاجتهاد فتبين الخطأ

قضى في الأظهر فلو تيقنه فيها وجب استئنافها) . انظر : الأم : ٩٤/١ ، والمهذب : ٢٠٨/٣ .

مع المجموع الوجيز : ٣٩/١ ، المنهاج : ص ١٠ .

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه في أبواب الصلاة : ١٧٦/٢ ،

وأخرجه ابن ماجه في سننه : ١٦٣٢/٤ ،

وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب المساجد : ٣٧٥/١ حديث رقم ٥٢٦ .

(٦) جاء في الكافي : ١٢٢/١ (ولا فرق بين السفر الطويل والقصير) .

(٧) جاء في مختصر المزني : ص ٢٣ : (لا يجوز لأحد الصلاة إلا متوجهاً للقبلة إلا في حالتين

إحدهما : النافلة في السفر ركباً ، وطويل السفر وقصيره سواء ، لما روي أن علياً كان يوتر على الراحلة) . انظر : الأم : ١٤٣/١ .

(٨) جاء في المدونة : ج ١ ، ص ١٧٤ : (ولا يتنفل على دابته إلا في السفر الذي تقصر في مثله

الصلاة) . قال : وقال مالك : يتنفل الرجل في السفر ليلاً أو نهاراً حيث توجهت به) .

﴿ فَأَيُّمَا تَوَلَّوْا فَوَجَّهَ اللَّهُ ﴾^(١) قيل : نزلت في النافلة على الراحلة ، ولأنه سفر مباح فأشبهه الطويل.

١٤٦ - مسألة : إذا بلغ الصبي في أثناء الصلاة وبعد فراغه منها والوقت باق لم يعتد بها،^(٢) وبه قال أبو حنيفة،^(٣) وقال الشافعي: بعد الفراغ لا شيء عليه وفي أثنائها يلزمه إتمامها فقط.^(٤) دليلنا : إنه دخل فيها قبل سبب الوجوب فلا يعتد بها كقبل الوقت.

فصل : وتكون نافلة ، وقال أبو حنيفة : لا تصح للصبي صلاة. دليلنا : إنه مأمور بها ومعاقب لقوله ﷺ : «مروهم بالصلاة لسبع واضربوهم لعشر»،^(٥) ولأنه تصح طهارته وله موقف في صف البالغين فصار كالبالغ.

١٤٧ - مسألة : ليس من شرط تكبيرة الإحرام مقارنة النية،^(٦) وبه قال أبو حنيفة^(٧) خلافاً لأكثرهم.^(٨) دليلنا : إنها عبادة من شرطها النية فجاز أن تتقدم عليها كالصيام.

(١) سورة البقرة : آية : ١١٥ .

(٢) جاء في الممتع : ٣١٠/١ : (فإن بلغ في أثنائها أو بعدها في وقتها لزمه إعادتها، فلأن الأولى وقعت نفلاً، وببلوغه في الوقت صارت الصلاة واجبة عليه فلم تجزئه عن الفرض كما لو نوى نفلاً في صلاة مفروضة).

(٣) المبسوط : ٩٥/٢ .

(٤) التنبيه : ص ١٨ ، والمنهاج : ص ٩ .

(٥) قال الترمذي : حديث حسن صحيح . انظر : جامع الترمذي : ٢٥٨/٢ ، والسنن الكبرى : ١٤/٢ ، وسنن أبي داود : ١٣٣/١ .

(٦) جاء في الكافي : ١٢٦/١ : (والأفضل النية مع تكبيرة الإحرام .. وإن تقدمت النية بزمن يسير جاز) . انظر : شرح منتهى الإرادات : ١٦٦/١ .

(٧) شرح فتح القدير : ج ١ ، ص ٢٦٦ وما بعدها .

(٨) مغني المحتاج : ١٥٢/١ قال صاحب المنهاج : (ويجب قرن النية بالتكبيرة وقيل : يكفي بأوله) .

١٤٨ - مسألة : إذا دخل في الصلاة ثم نوى الخروج صار خارجاً والنص عنه في الصيام،^(١) واختلف أصحابنا إذا نوى أنه سيخرج أو شك هل تخرج أم لا؟ على وجهين ، قال شيخنا : يخرج ، وبه قال مالك ، وتحكى عن ابن حامد أنه لا يخرج بذلك ، وعن الشافعي نحو هذا الاختلاف،^(٢) وقال أبوحنيفة : لا تبطل. دليلنا : أنه قطع شوطاً من شرائطها فأشبهه قطع الطهارة والستارة.

١٤٩ - مسألة : لا تنعقد الصلاة إلا بقوله الله أكبر،^(٣) وبه قال مالك،^(٤) وقال الشافعي وداود بأكبر والأكبر،^(٥) وقال أبو حنيفة: بكل لفظ يقضي التعظيم.^(٦) دليلنا: قوله ﷺ : «تحریمها التكبير وتحليلها التسليم»،^(٧) والإضافة تقتضي التعريف فكأنه قال التحريم بالتكبير فلا يكون بغيره كقولهم : مال فلان إلا يدك، وأيضاً فإنها تحريمة عبرت عن قوله الله أكبر مع القدرة عليه ، فأشبهه إذا قال اللهم وبالله ، ونخص الشافعي وداود بأنه إن كان الاعتبار بالمعنى فيجب أن ينعقد بالتكبير وكل ألفاظ التعظيم، وإن كان باللفظ فيجب أن لا ننجز بالكثير.

(١) جاء في الكافي: ٣٥٠/١: (ومن نوى الخروج من صوم الفرض أبطله، لأن النية شرط في جميعه).

(٢) جاء في المذهب: ١٣٥/١: (وإن نوى الخروج من الصلاة، أو نوى أنه سيخرج، أو شك هل يخرج أم لا؟ بطلت صلاته كالطهارة إذا قطعها بالحدث).

(٣) جاء في الممتع: ٤١٠/١: (ثم يقول: الله أكبر لا يجزئ غيرها لما روي عن النبي ﷺ : «أنه كان إذا قام إلى الصلاة اعتدل قائماً ورفع يديه حتى يحازي بها منكبيه، ثم قال: الله أكبر». رواه الترمذي، وقال هذا حديث حسن).

(٤) جاء في المدونة: ١٦١/١: (قال: وقال مالك : ولا يجزئ من الإحرام في الصلاة إلا الله أكبر).

(٥) المنهاج: ص ١٠، والأم ١٠٠/١، والمذهب: ٧٧/١.

(٦) تحفة الفقهاء: ٢١٥/١، بدائع الصنائع: ٣٦٧/١.

(٧) رواه أبو داود في كتاب الطهارة، باب ٣١، والترمذي في كتاب الطهارة، باب ٣، وابن ماجه في كتاب الطهارة، باب ٣٢، والدارمي في كتاب الوضوء، باب ٢٢.

١٥٠ - مسألة: إذا افتتح الصلاة بغير العربية وهو يحسنها لم تنعقد،^(١) وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: قوله ﷺ في حديث رفاعه بن مالك: «لا يقبل الله صلاة أخرى حتى يضع الوضوء مواضعه ثم يستقبل القبلة فيقول الله أكبر»، ولأنها تحريمة عريت عن قوله الله أكبر مع القدرة، فأشبهه قوله اللهم وبالله.

١٥١ - مسألة: تكبيرة الإحرام من الصلاة، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة.^(٥) دليلنا: أنه ذكر من شرطه الطهارة والستارة والقيام والتوجه فهو كبقية أركان الصلاة.

١٥٢ - مسألة: إذا قال المؤذن قد قامت الصلاة قام الناس ولا يدخلون في الصلاة حتى يفرغ من الإقامة،^(٦) وهذا إذا كان الإمام حاضراً، فإن كان غائباً فهل يقومون أو ينتظرون حتى يروه؟ على روايتين، وقال أبو حنيفة: يقومون

(١) جاء في الكافي: ١٢٧/١: (ولا يجزئه التكبير بغير العربية، فإن لم يحسن العربية لزمه التعلم).

(٢) جاء في المهذب: ١٣٥/١: (وإن كبر بالفارسية وهو يحسن العربية لم يجز لقوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي») رواه البخاري.

(٣) جاء في فتح القدير: ٢٨٤/١: (فإن افتتح الصلاة بالفارسية أو قرأ فيها بالفارسية، وهو يحسن العربية أجزاء عند أبي حنيفة). انظر: الهداية: ٤٧/١، وتحفة الفقهاء: ٢١٥/١، وبدائع الصنائع: ٣٢٩/١، والمبسوط: ٣٧١/١. يرى أبو حنيفة جواز قراءة الفاتحة بأي لغة مطلقاً مع الكراهة، وعند صاحبين: لا تجوز إلا عند الفجر... بينما يرى الشافعية والحنابلة (أنه لا تجوز قراءة القرآن بغير لسان عربي، فإذا أتى بها في الصلاة لم تصح صلاته). انظر: المجموع مع المهذب: ٣٢٥/٣.

(٤) التكبير ركن من أركان الصلاة عند الشافعية. انظر: الوجيز: ٤٠/١، والمنهاج: ص ١٠.

(٥) التكبير شرط من شروط الصلاة عند الأحناف. انظر: البدائع: ٣٦٧/١، والمبسوط: ص ١١.

(٦) جاء في الممتع: ٤١٠/١: (والسنة أن يقوم إلى الصلاة إذا قال المؤذن: قد قامت الصلاة، لأن النبي ﷺ كان يفعل ذلك، لما روى ابن أبي أوفى عن النبي ﷺ: «أنه كان إذا قال بلال: قد قامت الصلاة نهض»). ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد: ٥/٢ وعزاه إلى الطبراني في الكبير.

عند قوله حي على الفلاح، ويدخلون عند قوله قد قامت الصلاة ؟ وقال الشافعي : لا يقومون حتى يفرغ من الإقامة.^(١) دليلنا : ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص : أن رجلاً قال : يارسول الله إن المؤذنين يفضلونا بالآذان. فقال : « قل مثل ما يقولون فإذا انتهيت فسل تُعْطَ »^(٢)، وعلى قولهم لا يمكننا أن نقول كما يقولون فلا تحصل المساواة في الفضيلة، ولأن الإقامة دعاء إلى الصلاة فلا يحرم بالصلاة قبل الفراغ منه كالآذان ، ولأنه أحد طرفي الإقامة فأشبهه الطرف الأول.

فصل : والدلالة على الشافعي ما روى النجاد بإسناده عن الحسين بن علي وأنس أنهما كانا يفعلان ذلك، وعن الزهري أنه قال ما كان المؤذنون يقولون قد قامت الصلاة حتى تعتدل الصفوف.

١٥٣ - مسألة : يكبر المأموم بعد تكبير الإمام وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبوحنيفة: إن شاء كبر معه أو بعده.^(٤) دليلنا : قوله ﷺ : « إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبر فكبروا وإذا قرأ فانصتوا »،^(٥) ولأن الإمام لم تنعقد له صلاة فأشبهه إذا لم يشرع في التكبيرة.

١٥٤ - مسألة : رفع اليدين في تكبيرة الإحرام ليس بواجب،^(٦) وبه قال أكثرهم

(١) جاء في المذهب : ١٣٤/١ : (إذا أراد أن يصلي في جماعة لم يقم حتى يفرغ المؤذن من الإقامة ، لأنه ليس بوقت للدخول في الصلاة .. فإذا فرغ المؤذن قام والقيام فرض في الصلاة المفروضة).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه : ١٤٤/١ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٤١٠/١ ، وأحمد في المسند : ١٧٢/٢ .

(٣) الكافي : ١٨٠/١ .

(٤) شرح فتح القدير : ٢٦٦/١ .

(٥) أخرجه الإمام في المسند : ٤٢٠/٢ ، وأبو داود، كتاب الصلاة، باب ٦٩ . والنسائي في كتاب الافتتاح . انظر : مصابيح السنة : ١٠٩/١ حديث رقم ٥٨١ ، ٧٧٨ .

(٦) جاء في الممتع : ٤١٤/١ : (ويرفع يديه مع ابتداء التكبير، ممدودة الأصابع يضموا ما بعضها إلى بعض).

خلافاً لداود. ^(١) دليلنا: قوله ﷺ: «إنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن»، ^(٢) ولم يقل رفع اليدين، ولأنها هيئة في الصلاة فأشبهه الجهر والإخفات. ^(٣)

١٥٥ - مسألة: يرفع يديه عند الركوع والرفع منه، وبه قال الشافعي ^(٤) خلافاً لأبي حنيفة وأحد الروایتين عن مالك. دليلنا: ما روى سالم عن أبيه قال: «رأيت النبي ﷺ إذا افتتح الصلاة رفع يديه وعند الركوع والرفع منه إلى حدو منكبيه»، ^(٥) وروى الحسن البصري وقال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يرفعون أيديهم إذا ركعوا كأنها المراوح، ولأنها صلاة يستحب رفع اليدين عند افتتاحها، كذلك في أثنائها كصلاة العيدين.

١٥٦ - مسألة: رفع اليدين إلى المنكبين، وبه قال أكثرهم، ^(٦) وقال أبو حنيفة: إلى فروع أذنيه، وعن أحمد رواية أخرى الكل سنة وسواء في الفضيلة. دليلنا: ما تقدم من حديث سالم عن أبيه، ولأن الأذن ممسوح في الطهارة فلا ترفع اليد إليه كالرأس.

(١) جاء في المذهب: ١٣٦/١: (ويستحب أن يرفع يديه مع تكبيرة الإحرام).
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد، باب تحريم الكلام في الصلاة، ونسخ ما كان من إباحته: ٣٨٢-٣٨١/١، وأبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب تسميت العاطس في الصلاة: ٢١٣/١، وأحمد في مسنده: ٤٤٧/٥-٤٤٨.

(٣) رفع الأيدي في تكبيرة الركوع والرفع منه سنة في مذهب الشافعي. انظر: المنهاج: ص ١٠، والمجموع: ٣٦٧/٣، والوجيز: ٤١/١، والمدونة: ٦٨/١، والمغني لابن قدامة مع الشرح: ٥٣٧/١.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢١٨/١، والهداية: ٤٦/١.

(٥) البخاري: ٢٧١/٢، وصحيح مسلم: ٢٩/١، وأخرجه أبو داود: ١٩٣/١.

(٦) شرح منتهى الإرادات: ١٧٦/١، جاء في تحفة الفقهاء: ١٢٦/١: (وأما سنن الافتتاح أن يرفع اليدين عند تكبيرة الافتتاح مقارناً لها.. والسنة في رفع اليدين أن ينشر الأصابع ويجعل كفيه مستقبلي القبلة.. ويرفع يديه حذاء أذنيه، وقال الشافعي: يرفع حدو منكبيه. وقال مالك: يرفع حذاء رأسه). انظر: الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٤٧/١.

١٥٧ - مسألة : وضع اليمين على الشمال في الصلاة سنة، وبه قال أكثرهم^(١)

وقال مالك في إحدى روايته : أنه مباح.^(٢) دليلنا : قول النبي ﷺ في حديث ابن عباس : «أُمِرْنَا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ أَنْ نُوْخِرَ السَّحُورَ وَنَعَجَلَ الْإِفْطَارَ وَنَأْخُذَ بِأَيْمَانِنَا عَلَى شِمَائِلِنَا فِي الصَّلَاةِ»^(٣)، وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال : «من السنة في الصلاة وضع الأُكْفِ على الأُكْفِ تحت السرة»^(٤)، ولأنه أزين وأوفر وأدخل في الخشوع فكان أولى.

فصل : وتكون تحت السرة^(٥) وبه قال مالك على الرواية التي يستحبها، وأبوحنيفة، وفيه رواية أخرى: فوق السرة، وبه قال الشافعي.^(٦) وعنه رواية أخرى: هما سواء وجه الأول ما تقدم من حديث علي، ولأن ما فوق السرة ليس بعورة من الرجل فأشبهه الصدر.

١٥٨ - مسألة : يستحب الاستفتاح في الصلاة،^(٧) وبه قال أكثرهم^(٨) خلافاً لمالك.

دليلنا : ما روي عن أبي سعيد الخدري : «أن النبي ﷺ كان إذا قام من الليل

(١) انظر : الأصل : ٧/١ ، والمزني : ص ١٤ ، والمدونة : ٧٤/١ ، وشرح النووي على مسلم : ٢٢/٢ ، وجاء في المذهب : ١٣١/١ : (ويستحب إذا فرغ من التكبير أن يضع اليمنى على اليسرى).

(٢) انظر : المدونة : ١٦٥/١ حيث جاء فيها : (قال وقال مالك : لا أعرف رفع اليدين في شيء من تكبير الصلاة لا في خفض ولا رفع إلا في افتتاح الصلاة).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه : ٢٨٤/١ .

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن : ٢٨٦/١ .

(٥) جاء في الكافي : ١٤٦/١ : (ووضع اليمنى على اليسرى وجعلهما تحت السرة).

(٦) مغني المحتاج : ١٨١/١ حيث جاء فيه : (ويسن جعل يديه تحت صدره، وفوق سرتة في قيامه وبدله).

(٧) جاء في الكافي : ١٤٦/١ : (النوع الأول : سنن الأقوال ، وهي اثنا عشر ، الاستفتاح).

(٨) جاء في المذهب : ١٣٧/١ : (ثم يقرأ دعاء الاستفتاح وهو سنة، والأفضل أن يقول ما رواه علي ابن أبي طالب : أن النبي ﷺ كان إذا قام إلى المكتوبة كبر وقال : وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض ...).

فاستفتح صلاته قال : سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك، ثم يقول : لا إله إلا الله ثلاثاً، ثم يقول : أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه»^(١)، وعن عائشة وعمر رضي الله عنهما مثله إلى قوله : ولا إله غيرك»^(٢) وكان عمر يجهر به.

فصل : وصفته ما ذكرنا في حديث عائشة وبه قال أبو حنيفة ومحمد،^(٣) وقال الشافعي صفته :^(٤) «وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيئاً مسلماً وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ... إلى آخر الآية»، وعن أبي يوسف يجمع بين الصفتين. دليلنا : ما تقدم من حديث أبي سعيد وعائشة، ولأنه إخبار بالصفة التي هو عليها فأشبهه قوله في الركوع والسجود : لك ركعت وسجدت من غير أن يأتي بذكر التسبيح .

١٥٩ - مسألة : يتعوذ في صلاته قبل القراءة ، وبه قال أكثرهم،^(٥) وقال مالك : لا يتعوذ في الفرض، ويتعوذ في قيام شهر رمضان. دليلنا : ما تقدم من قوله تعالى : ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ﴾^(٦)، ولأنها صلاة فيها قراءة فكان فيها استعاذة كقيام شهر رمضان.

١٦٠ - مسألة : يقرأ بعد التعوذ بسم الله الرحمن الرحيم ، وبه قال أكثرهم ، وقال مالك : لا يقرأ سرّاً ولا جهرّاً ، وفي النافلة إن شاء قرأها وإن شاء

(١) أخرجه الترمذي : ١٨٢/٥ ، والدارمي : ٥٥٠/٢ .

(٢) رواه البخاري : حديث رقم ٧٤٣ .

(٣) انظر : الممتع : ٤١٦/١ ، وفتح القدير : ج١ ، ص ٢٨٨ وما بعدها .

(٤) المهذب : ١٣٧/١ .

(٥) شرح منتهى الإرادات : ١٧٧/١ فقد جاء فيه : (ثم يستعيز فيقول : أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، لقوله تعالى : ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ .

(٦) سورة النحل : آية : ٩٨ .

تركها. ^(١) دليلنا: ما روي عن ابن عباس «أن النبي ﷺ كان يفتتح ببسم الله الرحمن الرحيم» ^(٢)، وعن أنس أنه قال: «صليت خلف النبي وأبي بكر وعمر وعثمان فكانوا يسرون ببسم الله الرحمن الرحيم» ^(٣)، ولأن له قراءتها في النافلة كذلك في الفريضة كسائر الآي.

١٦١- مسألة: وبسم الله الرحمن الرحيم ليست آية من فاتحة الكتاب بل هي آية بنفسها، حيث كانت وهي بعض آية في سورة النمل، وبه قال أكثرهم، ^(٤) وفيه رواية أخرى هي من الحمد، وبه قال الشافعي، ^(٥) واختلف أصحابه هل هي آية من كل سورة أم لا؟ على مذهبين، ولا يختلف أصحابنا أنها ليست آية من كل سورة. دليلنا: ما تقدم من حديث أبي هريرة وأنس أن النبي وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين، وأيضاً فإن مواضع الآي يجري مجرى الآي أنفسها بدلالة أن من نقلها عن موضعها كان بمثابة

(١) جاء في بداية المجتهد: ١٢٤/١: (اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة، فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهراً كانت أو سراً، لا في افتتاح أم القرآن ولا في غيرها من السور، وأجاز ذلك في النافلة، انظر: الممتع: ٤١٦/١).

(٢) أخرجه الدراقطني في سننه: ٣٠٣/١، والطبراني في المعجم الكبير: ١٨٥/١١.

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢٠٣/١.

(٤) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٧٧/١: (وهي - أي البسملة - آية من القرآن)، وجاء في الممتع: ٤١٧/١: (بسم الله الرحمن الرحيم ليست من الفاتحة، وعنه أنها منها.. وأما كونها ليست من الفاتحة على المذهب فلما روى أبو هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: قال الله تعالى: ﴿قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين، فنصفها لي ونصفها لعبدي، ولعبدي ما سأل﴾. فإذا قال العبد: «الحمد لله رب العالمين. قال الله تعالى: حمدني ...» الحديث، رواه مسلم. فلو كان بسم الله آية من الفاتحة لعدّها وبدأ بها ولما تحقق التنصيف).

(٥) جاء في زاد المحتاج: ١٧١/١: (والبسملة آية من الفاتحة لما روى أنه ﷺ: «عدّ الفاتحة سبع آيات، وعد بسم الله الرحمن الرحيم آية منها» ولقوله ﷺ: «إذا قرأتم الحمد لله فاقروا بسم الله الرحمن الرحيم إنها أم القرآن والسبع المثاني، وبسم الله الرحمن الرحيم إحدى آياتها»). انظر: الأم: ١٠٧/١، والمهذب: ٧٩/١، والوجيز: ٤٢/١.

مسقطها، ثم ذلك يحتاج إلى تواتر وإجماع كذلك موضعها. ^(١)

فصل: والدلالة على أنها ليست من كل سورة، قوله في حديث أبي هريرة (سورة ثلاثون آية، تشفع لصاحبها حتى غفر له، تبارك الذي بيده الملك) ^(٢)، وأيضاً فإن القراء اختلفوا في كونها من الحمد ولم يختلفوا أنها ليست من كل سورة فمن ذهب إلى ذلك خالف إجماعهم.

فصل: ولا يستحب الجهر بها خلافاً للشافعي. ^(٣) دليلنا: ما تقدم من حديث أنس وأنه قال فيه فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم، وحديث عبد الله بن معقل إنه قرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله فسمعه أبوه فقال يا بني إياك والحدث في الإسلام فإني صليت خلف النبي وأبي بكر وعمر وعثمان فكانوا لا يفتتحون القراءة إلا بالحمد لله رب العالمين، ولأنه ذكر بعد التكبيرة وقبل الحمد لله فهو كالاستفتاح والاستعاذة. ^(٤)

١٦٢ - مسألة: يستحب الجهر بآمين، ^(٥) وبه قال داود، وقال أبو حنيفة:

(١) هذه المسألة حدث فيها خلاف بين الفقهاء .. ويرجع السبب في ذلك إلى شيئين: (١) اختلاف الآثار في هذا الباب. (٢) واختلافهم هل بسم الله الرحمن الرحيم هل هي آية من فاتحة الكتاب أم لا؟ فقد جاء في بداية المجتهد: جـ ١، ص ١٢٤: (وهي آية عند الشافعي من فاتحة الكتاب. وبه قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيدة. واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة؟ أم إنما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب؟ فروي عنه القولان جميعاً). انظر: الأم: جـ ١، ص ١٠٧.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: ٥٧/٢، والترمذي: ١٦٤/٥، وابن ماجه في السنن: ١٢٤٤/٢.

(٣) مختصر المزني: ٧٢/١، والحاوي: ١٤٢/٢، وفتح العزيز: ٣٤٨/٣.

(٤) لقد لخص الشيرازي مذهب الشافعية بقوله: (ويجب أن يبتدئها بسم الله الرحمن الرحيم. فإنها آية منها، والدليل عليه ما روت أم سلمة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قرأ بسم الله الرحمن الرحيم فعدها آية منها، ولأن الصحابة أثبتوها فيما جمعوا من القرآن .. فيدل على أنها آية منها).

(٥) انظر: المذهب: ١٣٨/١، والوجيز: ٤٢/١، والمجموع: ٢٩٠/٣.

لا يجهر بها،^(١) وقال مالك : يجهر المأموم وفي الإمام روايتان. وقال الشافعي بالعكس^(٢) منه يجهر الإمام ، وفي المأموم قولان. دليلنا : قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «إذا قرأ القارئ فأمّنوا فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه»،^(٣) فلولاً أن الإمام يجهر ما أمّن أن يتابعه فيه، وفي هذا دلالة على أبي حنيفة ومالك، وروى أبو هريرة أن النبي كان إذا فرغ من قراءة أم القرآن رفع صوته وقال آمين. قال الدارقطني: إسناده حسن،^(٤) ولأنه ذكر جعل علماً على متابعة الإمام فأشبهه الخفض والرفع، ويخص مالك بأنه ذكر مسنون في حق المأموم فسن في حق الإمام كسائر الأذكار.

١٦٣ - مسألة: قراءة الفاتحة شرط في الصلاة ، وبه قال أكثرهم،^(٥) وفيه رواية أخرى : ليست بشرط وبه قال أبو حنيفة^(٦) وجه الأولى قوله ﷺ في حديث عبادة بن الصامت : «لا يجزئ الرجل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب»،^(٧) ولأنها صلاة ذات قيام عيرت عن الفاتحة فلم يصح كما لو عيرت عن القراءة أصلاً، ولأن القراءة ركن في الصلاة.

١٦٤ - مسألة: من لا يحسن الفاتحة يجب عليه التسبيح مكانها،^(٨) وبه قال

(١) فتح القدير: ج١، ص ٢٩٢.

(٢) المهذب: ج١، ص ١٣٩.

(٣) صحيح البخاري : حديث رقم ٧٨٠ ، ٧٨٢ ، كتاب الآذان ، باب جهر الإمام بالتأمين ، موطأ مالك : ٨٧/١ .

(٤) أخرجه ابن حبان في صحيحه : ١١١/٥ ، وابن خزيمة في صحيحه : ٢٨٧/١ ، والحاكم في المستدرک : ٣٤٥/١ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٥٧/٢ .

(٥) الكافي : ١٣١/١ ، الأم : ٨٩/١ ، ومختصر المزني : ٩١/١ ، والوسيط : ٦٠٩/٢ ، والخرشي : ٢٧٠/١ .

(٦) تحفة الفقهاء : ١٣١/١ ، مختصر الطحاوي : ص ٢٨ .

(٧) أخرجه الجماعة . انظر : البخاري : ٢٩٧/١ ، ومسلم : ٢٣٦/٢ .

(٨) الكافي : ج١، ص ١٣٣ وما بعدها.

الشافعي،^(١) وقال أكثرهم : يجب أن يقف بقدر القراءة الواجبة. دليلنا: قوله ﷺ في حديث رفاعه بن رافع : «إذا قام أحدكم إلى الصلاة فليتوضأ كما أمره الله ثم ليكبر فإن كان يحسن شيئاً من القرآن قرأ وإن لم يحسن فليحمد الله وليكبر»،^(٢) ولأن القراءة ركن في الصلاة فإذا عجز عنه انتقل إلى بدل من جنسه كالركوع والسجود.

١٦٥ - مسألة: تجب القراءة في كل ركعة.^(٣) وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: تجب في ركعتين منها، وبه قال أبو حنيفة،^(٤) قال أبو بكر الخلال : رجع أحمد عن هذه الرواية وجه الأولى قول عبادة وأبي سعيد الخدري : «أمرنا أن نقرأ بفاتحة الكتاب في كل ركعة»،^(٥) وأيضاً فإن ما وجب في ركعتين على صفة واحدة وجب في جميعها كالركوع والسجود والقيام، ولا يلزم التشهد، لأنه على صفتين مختلفتين.

- (١) لقد وضع الشيرازي مذهب الشافعية في هذه المسألة فقال: إن الحال لا يخلو من: أ- إذا لم يحسن قراءة الفاتحة ويحسن غيرها قرأ سبع آيات. ب- فإن لم يحسن شيئاً من القرآن لزمه أن يأتي بذكر. ج- فإن أحسن آية من الفاتحة وأحسن غيرها قرأ الآية وما يعادل الباقي). انظر: المذهب: ١٤٠/١.
- (٢) أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، باب ١٤٨، والترمذي في كتاب الصلاة، باب ٢٢٦. انظر: مصابيح السنة: ١٠١/١ حديث ٥٤١.
- (٣) انظر: الممتع: ج١، ص ٤٤٣ وما بعدها. وجاء في الكافي: ١٣١/١: (وتجب قراءة الفاتحة في كل ركعة).
- (٤) جاء في الخرشني: ٢٧٠/١ (وهل تجب الفاتحة في كل ركعة أو الجل فيه خلاف، الأول لمالك في المدونة).
- (٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب: ١٨٨/١، ومسند أحمد: ٣/٣. والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الصلاة، باب الافتصار على قراءة بعض السورة: ٦٠/٢.

١٦٦ - مسألة : قراءة ما عدا الفاتحة غير مسنون في الأخرتين من الظهر والعصر،^(١) وبه قال أبو حنيفة^(٢) خلافاً للشافعي في أحد قوليه.^(٣) دليلنا : أن النبي ﷺ «كان يقرأ في الأولتين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخيرتين بفاتحة الكتاب»^(٤) وأيضاً وأنه لو سن القراءة بعد الفاتحة لسن الجهر في الصلاة التي من سننها الجهر كالأولتين، ولما لم يسن الجهر علم أنه لا يسن قراءتها.

١٦٧ - مسألة : يجوز أن يقرأ في صلاته من المصحف ، وبه قال الشافعي،^(٥) وفيه رواية أخرى : يقرأ في النافلة خاصة ، قال الشيخ : وهذا على طريق الاستحباب وإلا فهما سواء ، وقال أبو حنيفة : لا يصح حمله ،^(٦) ووافقنا أصحابه . دليلنا : ما روي عن عائشة : «أمرت غلاماً لها أن يؤم ويقرأ في المصحف» ، ولأن من جاز قراءته ظاهراً جازت نظراً كالذي يحسن القراءة.

- (١) قال ابن قدامة : (ولا يزيد على أم الكتاب في الأخيرتين من الرباعية ولا الثالثة من المغرب). الكافي : ١٣٤/١ .
- (٢) مختصر الطحاوي : ص ٣٨ ، والأصل : ١٦٣/١ ، وشرح الخرشى : ٢٧٤/١ ، والمدونة : ٦٧/١ .
- (٣) الأم : ١٠٩/١ ، وجاء في المذهب : ١٤١/١ توضيح ذلك .
- (٤) أخرجه الطبراني في الكبير : ج ١٠ حديث رقم ١٠٨١٦ ، وأخرجه الطحاوي في معاني الآثار بلفظ : (... وفي الآخرين منها بأم القرآن) وفي رواية (وفي الأخيرتين بفاتحة الكتاب) ٢٠٦/٢ ، ومصنف عبد الرزاق : ١٠١/١ .
- (٥) المغني : ١٠/٢ ، المزني : ص ٥١ .
- (٦) الأصل : ٢٠٦/٢ ، المدونة : ٢٢٣/١ .

١٦٨ - مسألة: يستحب أن يطيل في الأولى من الفجر زيادة على الركعة الثانية، وكذلك في الأولتين من الظهر والعصر،^(١) وبه قال مالك،^(٢) وخالفنا أبو حنيفة^(٣) إلا في الفجر خاصة. دليلنا: أنه مذكور في حديث أبي قتادة وأنه قال: كان يطول في الأولى من الظهر والعصر والفجر أكثر مما يطول في الثانية حتى ظننا أنه يريد ليدرك الناس، ذكره أبو داود. وعن عمر أنه كان يطيل القراءة في الأولى من الظهر. ذكره الشالنجي، ولأنهما ركعتان فيهما سورة بعد الفاتحة فهي كالفجر.

١٦٩ - مسألة: لا تجب القراءة على المأموم به،^(٤) وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً

(١) قال البهوتي: (ويسن لإمام وغيره تطويل قراءة الركعة الأولى عن قراءة الركعة الثانية بخلاف صلاة الخوف فإن الثانية أطول من الأولى). شرح منتهى الإرادات: ٢٥٢/١، والكافي: ١٣٣/١.

(٢) جاء في الدسوقي علي الشرح الكبير: ٢٤٧/١: (وتطويل قراءة الصبح بأن يقرأ فيها من طول المفصل إلا لضرورة أو خوف خروج وقت، والظهر تليها في التطويل وتقصيرها، أي القراءة بمغرب وعصر بأن يقرأ فيهما من قصاره).

(٣) مختصر الطحاوي: ص ٣٨.

(٤) هذه المسألة حدث فيها خلاف بين الفقهاء، ولكننا نستطيع أن نقرر ما يلي:
أ - اتفق الفقهاء على وجوب القراءة في الصلاة للمنفرد والإمام سواء سواء تعيينت القراءة للفاتحة هو رأي جمهور الفقهاء، أم كانت القراءة لأي شيء من القرآن فاتحة أو غيرها. كما هو رأي الحنفية.

ب - كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الإمام لا يحمل عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة ماعدا الفاتحة.

ج - اختلف الفقهاء في حكم القراءة على المأموم على:

١ - المذهب الأول: أن المأموم يجب عليه القراءة خلف الإمام مطلقاً، أي سواء في الجهرية أم السرية، وهذا هو مذهب الشافعية والظاهرية. راجع نهاية المحتاج: ٤٦٧/١، والمحلي: ٢٠٦/٣.

٢ - المذهب الثاني: أن المأموم لا يجب عليه القراءة خلف الإمام مطلقاً. ذهب إلى ذلك المالكية والحنابلة. انظر: حاشية الدسوقي: ٢٣٧/١، والمغني: ٥٦٣/١، وبدائع الصنائع: ٢٣٥/١.

(٥) انظر: فتح القدير: ٣٣٨/١، تحفة الفقهاء: ٢٢٢/١.

للشافعي^(١) في الجديد. دليلنا : قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ﴾^(٢) الآية ، قيل إنها في الصلاة والخطبة، وروى جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ قال: «كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهي خداج»^(٣) إلا وراء الإمام»^(٤). وفي رواية عبد الله بن شداد: من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة»^(٥)، ولأنها ركعة أدركها مع إمامه فأشبهه إذا أدركه راکعاً.

فصل: وسواء في ذلك الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة أو يخافت، قال الشافعي^(٦) في القديم إنما تسقط عن المأموم في الصلاة التي يجهر فيها خاصة. لنا ما تقدم في المسألة من الخبر والقياس.

فصل: إذا ثبت أن القراءة غير واجبة على المأموم استحسب له أن يقرأ فيما لا يجهر فيه الإمام خاصة، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة : لا يستحب له القراءة أصلاً. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «مالي أنازع القرآن إذا أسررت بقراعتي فاقروا، وإذا جهرت فلا يقرآن خلفي منكم أحد»^(٧) ذكره الدارقطني، ولأنه إذا جهر الإمام تشاغل بالإنصات، وإذا لم يجهر لحق المأموم بالسكوت للسهو فاستحب له القراءة ليزول فكره وسهوه.

(١) الوجيز : ٤٢/١ ، المذهب : ١٨١/١ .

(٢) سورة الأعراف : آية : ٢٠٤ .

(٣) الخداج : النقصان . انظر : النهاية في غريب الحديث والأثر : ١٢/٢ .

(٤) أخرجه مسلم ، كتاب الصلاة ، الحديث ٣٦ . انظر : مصابيح السنة : ١٠٤/١ ، حديث رقم ٥٥٠ .

(٥) انظر : نيل الأوطار : ٢٤٧/٢ .

(٦) جاء في المذهب : ١٣٩/١ : (وهل تجب القراءة على المأموم ؟ ينظر فيه ، فإن كان في صلاة يسر فيها بالقراءة وجبت عليه ، وإن كان في صلاة يجهر فيها بالقراءة ففيه قولان ، قال في الأم والبويطي : يجب عليه . وقال في القديم : لا يقرأ) .

(٧) سنن أبي داود : ٢١٨/١ ، والترمذي : ١١٨/٢ ، وقال : حديث حسن .

١٧٠ - مسألة : إذا قرأ في صلاته بالعجمية لم يجزه ، وبه قال أكثرهم،^(١) وقال أبو حنيفة: يجزيه،^(٢) وقال أصحابه : يجزئ من لا يحسن أن يقرأ بالعربية. دليلنا : قوله تعالى : ﴿ ولو جعلناه قرآناً أعجمياً لقالوا لولا فصلت آياته ﴾^(٣) بين أنه لم يجعل بالعجمية. وقوله تعالى : ﴿ بلسان عربي مبين ﴾^(٤) وقول النبي ﷺ : « أحب العرب لثلاث: لأني عربي، ولأن القرآن عربي، ولأنه لسان أهل الجنة »،^(٥) وأيضاً فإنما القرآن معجزة النبي ﷺ ودلالة ثبوته، وهذا في نظمه ولفظه بالعجمية يخرج عن هذا المعنى.

١٧١ - مسألة : الإعتدال في الركوع فرض^(٦) وهو أن ينحني حتى يبلغ كفاه إلى ركبتيه ، وبه قال الشافعي^(٧) وداود خلافاً لأكثرهم.^(٨) دليلنا : ما تقدم من حديث أبي مسعود الأنصاري : « لا يجزئ صلاة لا يقيم الرجل صلبه فيها في الركوع والسجود »،^(٩) ولأنه ركن من أركان الصلاة فكان من شرطه الطمأنينة كالقيام.

-
- (١) المجموع مع المذهب : ٣٣٥/٣ ، ومختصر المزني : ص ١٤ .
 - (٢) بدائع الصنائع : ٣٢٩/١ وما بعدها ، والمبسوط : ٣٧/١ ، المدونة : ٦٢/١ .
 - (٣) سورة فصلت : آية : ٤٤ .
 - (٤) سورة الشعراء : آية : ١٩٥ .
 - (٥) أخرجه الطبراني في الكبير، عن ابن عباس حديث رقم ١١٤٤١ .
 - (٦) شرح منتهى الإرادات : ١٨٤/١ .
 - (٧) جاء في المذهب : ١٤٣/١ : (ويجب أن ينحى إلى حد أن يبلغ راحته ركبتيه لأنه لا يسمى دونه راکعاً).
 - (٨) جاء في الشرح الكبير : ٢٣١/١ : (الصلاة مركبة من أقوال وأفعال .. وجميع أفعالها فرائض إلا ثلاثة: رفع اليدين عند تكبيرة الإحرام ، والجلوس للتشهد ، والتباش بالسلام) وجاء في ص ٢٣٩ (ورفع من الركوع فتبطل لتعمد تركه) .
 - (٩) أخرجه الترمذي في جامعه : ٥١/٢ ، وأبو داود : ١٨٣/٢ ، وابن ماجه في سننه : ٢٨٢/١ ، والدارمي : ٣٥٠/١ .

فصل: والرفع من الركوع واجب أيضاً، ذكره الخرقي ، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة . دليلنا : ما تقدم من قوله ﷺ الذي علمه الصلاة : «واركع حتى تطمئن راکعاً وارفع حتى تطمئن رافعاً»^(١) ولأنه ركن هو خفض فالرفع منه فرض كالسجود .

١٧٢ - مسألة : إذا رفع رأسه من الركوع، فإن كان إماماً أو منفرداً قال : «سمع الله لمن حمده . ربنا ولك الحمد ملء السماء وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد» . وإن كان مأموماً لم يزد على ربنا ولك الحمد . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجمع بين سمع الله لمن حمده وربنا ولك الحمد^(٢) فالإمام والمنفرد يقول : سمع الله لمن حمده ، والمأموم يقول : ربنا ولك الحمد . وقال الشافعي : والكل يجمعون بينهما^(٣) . فالدلالة على الجمع في حق غير المأموم ما روي عن عبد الله بن أبي أوفى أنه قال : «كان رسول الله ﷺ : إذا قال سمع الله لمن حمده قال اللهم ربنا لك الحمد ملء السماء وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد»^(٤) وروى علي بن أبي طالب وأبو سعيد الخدري عن النبي مثل ذلك، وأيضاً فإن قول ربنا ولك الحمد ذكر مستحب في حق المأموم فكان مستحباً في حق الإمام كسائر أذكار الصلاة بل الإمام أكد، لأنه قد يستحب في حقه ما لا يستحب في حق المأموم وهو قراءة السورة بعد الفاتحة^(٥) وأيضاً فإن قول الإمام سمع الله لمن حمده حث للناس على قول ربنا ولك الحمد، فينبغي أن يأتي بذلك حتى لا يكون داخلاً تحت قوله : «أتأمرون الناس بالبر» الآية^(٦).

(١) أخرجه البخاري في كتاب الآذان، باب ٩٥، وأخرجه مسلم في كتاب الصلاة الحديث : ٤٦/٤٥ . انظر : مصابيح السنة : ٩٨/١ ، حديث رقم (٥٢٧) .
(٢) انظر : المدونة : ٧١/١ ، الكافي لابن قدامة : ١٣٦/١ ، تحفة الفقهاء : ١٣٣/١ .
(٣) انظر : مختصر المزني : ص ١٤ ، والأم : ١١٢/١ ، والوجيز : ٤/١ ، والمهذب : ١٤٤/١ .
(٤) الموطأ : ٨٨/١ ، جامع الأصول : ٤٤٩/٩ ، وصحيح مسلم : ٣٤٦/١ حديث رقم ٢٠٢ .
(٥) الكافي لابن قدامة : ٢١٠/٢ .
(٦) سورة البقرة : آية : ٤٤ .

فصل : والدلالة على أن المأموم لا يجمع بين اللفظين ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد »^(١) فلو كان اللفظ الآخر مسنوناً في حقه لأمره به ، وأيضاً فإنه لو كان هذا مشروعاً في حق المأموم لكان ينبغي أن يجهر به إذا كان مكبراً كقول ربنا ولك الحمد ، ولما لم يسن الجهر به في حقه علمنا أنه ليس بمشروع في حقه .

١٧٢ - مسألة : التكبير للركوع والسجود والرفع منهما واجب ، وكذلك قول سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد ، وكذلك التسبيح^(٢) في الركوع والسجود والذكر في الجلسة بين السجدين ، وبه قال داوود ،^(٣) وقال أكثر الفقهاء : ذلك كله سنة وليس بواجب .^(٤) دليلنا : ما روى ابن حامد في كتابه بإسناده عن علي بن يحيى بن خلاد عن عمر أن رجلاً دخل المسجد فقال النبي ﷺ : « لا تتم صلاة لأحد من الناس حتى يتوضأ فيضع الوضوء مواضعه ثم يكبر ثم يقرأ ما تيسر ثم يقول الله أكبر ثم يركع حتى يطمأن ثم يقول الله أكبر ثم يسجد ثم يقول الله أكبر ، ثم يسجد ثم يقول الله أكبر ثم يرفع حتى يستوي قاعداً ثم يقول : الله أكبر ثم يسجد ثم يرفع رأسه فيكبر ، فإذا فعل ذلك تمت صلاته »^(٥) ، وأيضاً

(١) أخرجه البخاري : ٢٥٣/١ ، وصحيح مسلم : ٣٠٦/١ .

(٢) في النسخة (أ) : (لواجب من التسبيح في الركوع والسجود مرة واحدة ، والقول في الوجوب مذهب أحمد خاصة دون الثلاثة فيكون من المفردات من الإمام) .

(٣) قال ابن قدامة في الكافي : ١٣٤/١ (وفي هذه التكبيرات روايتان إحداهما : أنها واجبة ، والثانية : لا يجب) .

(٤) جاء في الخرشبي : ٢٧٥/١ (يعني كل تكبيرة من تكبير الصلاة سنة سوى تكبيرة الإحرام) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب الصلاة ، باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود : ١٩٧/١ ، والنسائي في سننه ، كتاب التطبيق ، باب الرخصة في ترك الذكر في السجود : ١٧٩/٢ ، والترمذي في جامعه ، أبواب الصلاة ، باب ما جاء في وصف الصلاة (عارضه الأحوذى : ٩٤/٢) ، والدارمي في سننه ، كتاب الصلاة ، باب في الذي لا يتم الركوع والسجود : ٣٠٥/١ ، وأحمد في مسنده : ٣٤٠/٤ .

ما روى عقبة بن عامر الجهني قال : لما نزلت ﴿فسبح باسم ربك العظيم﴾^(١) قال النبي ﷺ : « إجعلوها في ركوعكم ».^(٢) فلما نزلت : ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾^(٣) قال لنا : إجعلوها في سجودكم»^(٤) وأيضاً فإن التكبير في الركوع والسجود تكبير في الصلاة فكان واجباً كتكبيرة الإحرام، ولأنه ذكر تكرر في كل ركعة فكان واجباً كالقراءة، ولأن الركوع والسجود ركن من أركان الصلاة فلم يعر عن ذكر واجب كالقيام.^(٥)

١٧٤ - مسألة : وإذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لما لك^(٧) في قوله : يديه قبل ركبتيه. دليلنا : ما روى الأثرم في مسائله بإسناده عن عاصم بن كليب عن أبيه أن النبي ﷺ : « كان إذا سجد وقعت ركبته إلى الأرض قبل أن تقع كفاه، وكان إذا نهض في فصل الركعتين نهض على ركبتيه واعتمد على فخذه »، وقوله كان إخبار عن دوام الفعل ولا يداوم إلا على الأفضل، ولأن اليدين يسبقان الركبتين في حال الرفع فتأخرا عنهما في حال الانحطاط كالأنف والجبهة، ولأن ما ذهبنا إليه أشق على المصلي أنه لا يحصل معه الاستراحة والمشاق في الصلاة أفضل، ولهذا قال النبي ﷺ : «أفضل الصلاة طول القنوت»^(٨)، يعني طول القيام، وكان ذلك لأجل المشقة.

(١) سورة الواقعة : آية : ٧٤.

(٢) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير، عن عقبة بن عامر : ج ١٧، حديث ٨٩٠، ٨٩١.

(٣) سورة الأعلى : آية : ١.

(٤) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير عن عقبة بن عامر : ج ١٧، حديث رقم ٨٨٩.

(٥) جاء في الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٤٨/١ (ونذب تسبيح بأي لفظ بركوع وسجود كدعاء به).

(٦) انظر : الكافي لابن قدامة : ١٣٧/١، جاء في شرح منتهى الإرادات : ١٨٦/١ (فيضع ركبتيه أولاً بالأرض).

(٧) الخرشبي : ٢٧٨/١ حيث جاء فيه : (يستحب في الصلاة تقديم اليدين في السجود إذا هوى، ويندب تأخيرهما القيام).

(٨) أخرجه مسلم في صحيحه : ٥٢٠/١، والترمذي في جامعه : ٢٢٩/٢.

١٧- مسألة: إذا سجد على أنفه دون جبهته لم يجزه رواية واحدة، وبه قال أكثرهم،^(١) وقال أبو حنيفة: يجزيه. واختلفت الرواية إذا سجد على جبهته دون أنفه، روي عنه أنه يجزيه، وروي عنه لا يجزيه، وهو اختيار شيخنا وأكثر أصحابنا، فالدلالة على أنه إذا سجد على الأنف دون الجبهة لم يجزه^(٢) ما روى ابن حامد بإسناده عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء الأنف والجبهة والراحتين وأطراف أصابع رجليه»،^(٣) وروى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا سجدت فأمكن جبهتك بالأرض»،^(٤) ولأنه ترك السجود على جبهته مع القدرة فأشبهه إذا سجد على خده».

١٧- مسألة: يكره السجود على كور العمامة،^(٥) إلا أنه يجزيه، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: لا يجزيه،^(٦) وبه قال الشافعي. وجه الأولى: ما روى النجاد بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: «أنه كان يسجد على كور العمامة»^(٧) وروى الدارقطني بإسناده عن جابر قال: «رأيت رسول الله يسجد بأعلا جبهته على قصاص الشعر»،^(٨) وأيضاً فإنه عضو من أعضاء السجود فلا يجب كشفه في الصلاة كالقدمين.

- (١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٨٦/١ (والسجود على هذه الأعضاء السبعة مع الأنف ركن).
- (٢) شرح منتهى الإرادات: ١٨٧/١.
- (٣) أخرجه الطبراني في الكبير عن ابن عباس بالفاظ متعددة متقاربة: ج ١١ حديث رقم ١٠٨٦٦/١٠٨٦٥.
- (٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٠٤/٢، والطبراني في المعجم الكبير: ٣٠/٢٢.
- (٥) الكافي: ١٣٧/١، الآثار لمحمد: ص ١٥، المدونة: ٧٤/١، الأم: ١١٤/١.
- (٦) جاء في المذهب: ١٤٥/١: (فإذا سجد على حائل متصل به دون جبهته لم يجزه).
- (٧) قال الرافعي في تلخيص الحبير: ٢٥٣/١: «عن يزيد بن الأصم أنه سمع رسول الله ﷺ يسجد على كور عمامته». قال ابن أبي هاشم: هذا حديث باطل، والله أعلم.
- (٨) وقال البيهقي في السنن الكبرى: ١٠٦/٢: «ما روي عن النبي ﷺ من السجود على كور العمامة فلا يثبت شيء من ذلك».
- (٩) رواه الدارقطني في سننه: ٣٤٩/١، وقال: «تفرد به عبدالعزيز بن عبيد الله عن وهب وليس بالقوي». والطبراني في المعجم الأوسط: ٢٧١/١ رقم ٤٣٥، وأبو داود الطيالسي في مسنده: ٢٤٧ ورقم ١٧٩١.

١٧٧ - مسألة: ليس عليه كشف اليدين في حال السجود، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحد قولي الشافعي. دليلنا: ما روى أحمد بإسناده أن النبي ﷺ «صلى في مسجد بني عبد الأشهل فرأيته واضعاً يديه في ثوبيه إذا سجد»،^(١) ولأن اليدين من أعضاء السجود فلم يجب كشفها كالقدمين.

١٧٨ - مسألة: يجب السجود على سبعة أعضاء: يديه وركبتيه وأطراف أصابع رجله وجبهته» وهو اختيار أبي بكر، ذكره في التنبيه، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا يجب السجود إلا على الجبهة فقط،^(٢) وعن أحمد نحوه، وعن الشافعي كالمذهبيين. دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «أمرت بالسجود على سبعة أعظم ولا أكف شعراً ولا ثوباً»،^(٣) ولأنه ما عدا الجبهة من أعضاء السجود فوجب السجود عليه كالجبهة.

١٧٩ - مسألة: الجلسة بين السجدين واجبة، ذكره الخرقي، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة ومالك في قولهما: هي مستحبة.^(٤) دليلنا: ما تقدم من تعليمه ﷺ الصلاة للأعرابي، وقوله: «ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم اجلس حتى تطمئن جالساً»^(٥)، والأمر على الوجوب، ولأنه سجود لا يتعقبه قيام فيعقبه جلوس كالسجدة الأخيرة في الصلاة.

(١) أخرجه أحمد في المسند: ٣٣٤/٤.

(٢) قال أبو حنيفة: (وإن سجد على أنفه أو على جبهته أجزاءه) وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: إذا لم يسجد على جبهته لم يجزه. انظر تفاصيل ذلك في الأصل: ١٣/١، والمدونة: ٤١/١، والمزني: ص ١٧، والشرح الكبير للدرديري: ٢٥٩/١.

(٣) أخرجه أحمد في المسند: ٢٩٢/١، والطبراني في معجمه الكبير عن ابن عباس: ج ١١، حديث رقم ١٠٨٦٦.

(٤) الكافي: ١٣٩/١.

(٥) تقدم تخريجه ص ١٣٦.

١٨ - مسألة: إذا أراد القيام من السجدة الثانية في الركعة الأولى والثالثة فإنه ينهض على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه، وهو اختيار الخرقي، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: أنه يجلس على إليتيه وقدميه ثم ينهض قائماً، وهو اختيار أبي بكر الخلال، حتى أن الخلال قال: رجع أحمد عن تلك الرواية، وقال مالك: ينهض قائماً ولا يجلس إلا أنه يعتمد بالأرض ولا يعتمد على ركبتيه، قال الشافعي: يجلس على اليسرى وينصب اليمنى كما يجلس للتشهد ثم ينهض معتمداً بيديه على الأرض.^(١) فالدلالة على الفصلين جميعاً وأنه ينهض من غير جلوس معتمداً على ركبتيه ما روى الخلال في كتاب العِلل بإسناده عن أبي هريرة قال: كان رسول الله «ينهض من الصلاة على صدور قدميه»^(٢)، وأيضاً فإنه لو جاز أن يفصل بين رفع رأسه من السجود وبين القيام بجلسة لوجب أن يفصل بين الجلسة والقيام بتكبير آخر كما يفصل بين القعود للتشهد وبين القيام. ولأن ما ذهبنا إليه أشق على المصلي، وقد بينا أن المشاق في الصلاة أفضل بدليل التطويل في القيام.

١٨ - مسألة: التشهد الأول واجب في الصلاة،^(٣) وقال أكثرهم: هو مستحب^(٤) وليس بواجب. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ: «أنه كان يجلس للتشهد الأول وقال: صلوا كما رأيتموني أصلي».^(٥)

(١) الأصل: ٧/١، والمزني: ١٥/١، والمدونة: ٧٢/١.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه: ٨٠/٢.

(٣) جاء في الكافي: ١٤٦/١ (وواجب الصلاة المختلف فيها تسعة وعد منها [التشهد الأول]).

(٤) وجاء في الخرشي: (أنه سنة، وذكر اللخمي قولاً بوجوبه)، ٢٧٦/١.

وجاء في المهذب: ١٤٨/١: (وإذا كانت الصلاة تزيد على ركعتين، جلس في الركعتين ليتشهد لنقل الخلف عن السلف عن النبي ﷺ، وهو سنة، لما روي عن عبدالله بن بجينة -رضي الله عنه- قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ الظهر، فقام من اثنتين، ولم يجلس، فلما قضى صلاته سجد سجدتين بعد ذلك ثم سلم»، ولو كان واجباً لفعله الرسول ﷺ، ولم يقتصر على السجود.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٤٥/٢.

وروي أنه علم الأعرابي الصلاة وأمره بالتشهد والأمر على الوجوب، ولأنه أحد التشهدين فكان واجباً كالتشهد الأخير، ولأنها عبادة ذات أفعال فكان فيها واجب ليس بركن كالحج، وعلى قولهم ليس فيها واجب ألا وهو ركن.

١٨٢ - مسألة: ليس في التشهد الأول ذكر صلاة^(١) على النبي ﷺ، وبه قال أبو حنيفة^(٢) وكذلك مالك وافقنا في هذه المسألة، وقال الشافعي^(٣) في الجديد: يصلي على النبي. دليلنا: أنه لو كان في هذه الجلسة صلاة على النبي، لكان فيها صلاة على محمد وآل إبراهيم، ويعود كالتشهد الأخير، ولما لم يكن ذلك دل على أنه لم يشرع الصلاة على النبي في هذه الحالة.

١٨٣ - مسألة: إذا قام من التشهد إلى الركعة الثالثة ينهض مكبراً، وقال مالك: يكبر بعد الاعتدال.^(٤) دليلنا: أنه انتقال من ركن إلى ركن فأشبهه الانتقال من الركعة الأولى إلى الثانية.

١٨٤ - مسألة: التشهد الأخير فرض،^(٥) وبه قال الشافعي^(٦) وداود، وقال

(١) شرح منتهى الإرادات: ١٩٠/١، وجاء في التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح ٣٠٨/١ (لم يذكر فيه الصلاة على النبي ﷺ، وهو حديث (متفق عليه من حديث ابن مسعود) أخرجه البخاري في كتاب الاستئذان حديث رقم ٦٢٦٥، وأخرجه مسلم في كتاب الصلاة.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ١٣٧/١: ثم التشهد المختار عندنا هو تشهد عبدالله بن مسعود، ثم التشهد في القعدة الأولى سنة عند عامة مشايخنا، ولايزاد عليه من الصلوات شيء عند عامة العلماء.

(٣) جاء في زاد المحتاج شرح المنهاج: ١٩١/١: (والصلاة على النبي ﷺ فرض في التشهد الأخير، والأظهر سنّها في الأول، وجاء في حلية العلماء: ١٩٤/١: (قال في القديم لا يسن، وقال في الجديد: يسن فيه الصلاة).

(٤) بداية المجتهد: ج١، ص ١٩٧ ومابعدا.

(٥) جاء في التوضيح: ٣٠٨/١: (ويقول في التشهد الثاني: اللهم صلي على محمد وعلى آل محمد).

(٦) وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي ﷺ في التشهد، وقال إنه فرض لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾. ذهب إلى أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة انظر: حلية العلماء: ج١، ص ١٩٥ وجاء فيه: (في هذا التشهد واجبة وهو قول أحمد في إحدى الروايتين. وقال أبو حنيفة: الصلاة على النبي ﷺ: لا تجب، وبه قال مالك).

أبو حنيفة^(١) ومالك^(٢) الجلسة واجبة، فأما الذكر فلا. دليلنا: ما روي عن ابن مسعود أنه قال: كنا إذا جلسنا مع رسول الله ﷺ في صلاة قلنا: السلام على الله قبل عباده، السلام على فلان وفلان، فقال رسول الله ﷺ: «لا تقولوا السلام على الله فإن الله هو السلام»، ولكن إذا جلس أحدكم فليقل: التحيات لله والصلوات والطيبات. السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته. السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين. أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله^(٣)، وهذا أمر، والأمر على الوجوب، ولأنه ركن من أركان الصلاة، فكان فيه ذكر واجب كالقيام، ولأنها حالة مقصودة فأشبه ما ذكرنا.

١٨٤ - مسألة: المختار تشهد ابن مسعود، وبه قال أبو حنيفة^(٤) وأصحابه وصفته التحيات لله والصلوات والطيبات، وقال مالك^(٥): تشهد عمر بن الخطاب وصفته: التحيات لله الزاكيات لله الصلوات لله السلام عليك أيها النبي.. إلى آخره، وقال الشافعي^(٦): تشهد ابن عباس: التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته.. إلى آخره. دليلنا: أن الكل مروي وخبر بأولى، لأنه أمرو ذلك إنه قال: «إذا جلس أحدكم للتشهد فليقل: التحيات لله»^(٧)، والأمر تارة يكون للوجوب وتارة للندب، وقد أجمعنا أنه

- (١) جاء في تحفة الفقهاء: ١٩٤/١: (قال أبو حنيفة: القعود بقدر التشهد واجب، والتشهد غير واجب. وقال مالك: القعود والتشهد فيه جميعاً سنة).
- (٢) جاء في بداية المجتهد: ١٨٧/١: (اختلفوا في وجوب التشهد، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أن التشهد ليس بواجب، وذهبت طائفة إلى وجوبه، وبه قال الشافعي، وأحمد، وداود).
- (٣) أخرجه الترمذي في جامعه: ٨١/٢، والنسائي في المجتبى: ٢٤٠/٢.
- (٤) جاء في تحفة الفقهاء: ١٣٧/١: (تم التشهد المختار عندنا، هو تشهد عبدالله بن مسعود).
- (٥) جاء في بداية المجتهد: ١٨٧/١: (وأما المختار من التشهد، فإن مالكا اختار تشهد عمر رضي الله عنه).
- (٦) جاء في المجموع: ٤٣٦/٣: (لكن الشافعي رجع تشهد ابن عباس وكذا رجحه البيهقي لزيادة ألفاظه، وكمال معناه).
- (٧) أخرجه البخاري: ٤٠٣/١، ومسلم في صحيحه: ٣٠٢/١.

ليس يتعين بأحد هذه الصفات. لم يبق إلا أنه للفضيلة. ولأنه علمه إياه وأمره أن يعلمه الناس وخبر ابن عباس حكاية فعل النبي. والثاني : أن في حين ما كان يعلمانه كما يعلم بعلم السورة من القرآن،^(١) وذلك لا يحتمل الزيادة والنقصان، والثالث : أن ألفاظنا متفق عليها، وفي ألفاظ أخباركم ما لم يتفق عليه وهو الزاكيات والمباركات. والرابع : أن في خبرنا زيادة واوات وذلك يوجب صفات لله تعالى زائدة ، وإذا حذفت صار جميع ذلك صفة للتحيات.

١٨٦ - مسألة: الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأخير واجبة،^(٢) وبه قال الشافعي،^(٣) وفيه رواية أخرى أنها غير واجبة، وبه قال أكثرهم،^(٤) وهي اختيار أبي بكر من أصحابنا، وذهب الخرقى إلى أنها تسقط بالشهود. دليلنا: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾.^(٥) وقوله ﷺ: « قولوا اللهم صلي على محمد»،^(٦) والأمر على الوجوب. وقوله في حديث سهل بن سعد

(١) قال الترمذي: هذا أصح حديث مروى عن النبي ﷺ في التشهد فاختره أحمد لذلك.

(٢) جاء في الكافي: ١٤٢/١: (ثم يصلي على النبي ﷺ، وفيها روايتان: إحداهما: ليست واجبة لقول النبي ﷺ في التشهد: « فإذا فعلت فقد تمت صلاتك ». والثانية: أنها واجبة. قال أبو زرعة الدمشقي عن أحمد قال: كنت أتهيب ذلك ثم تبينت أن الصلاة واجبة).

(٣) جاء في المذهب: ٢٦٥/١: (ويتشهد وهو فرض) راجع المجموع: ٤٤٢/٣.

(٤) انظر: المختصر: ص ٣٠، الكافي لابن عبد البر: ص ٤٣.

(٥) سورة الأحزاب: آية: ٥٦.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأنبياء، باب وفي قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ﴾: ١٧٨/٤، ومسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، باب الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد: ٣٠٥/١، وأبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب الصلاة على النبي ﷺ بعد التشهد: ٢٢٤/١، والترمذي في جامعه، أبواب الوتر، باب ما جاء في صفة الصلاة على النبي ﷺ، عارضة الأحوذى: ٢٦٨/٢، والنسائي في سننه، كتاب السهو، باب نوع آخر من كيفية الصلاة على النبي ﷺ، المجتبى من السنن: ٤٠/٣، وابن ماجه في سننه، كتاب إقامة الصلاة، باب الصلاة على النبي ﷺ: ٢٩٣/١، ومسنده أحمد: ٢٤١/٤.

الساعدي عن أبيه عن جده : « لا صلاة لمن لم يصل على محمد »^(١) وفي لفظ آخر : « على نبيه » ذكره النجاد . وأيضاً فإنها عبادة شرط فيها ذكر الله تعالى ، فإذا شرع فيها ذكر النبي كان شرطاً كالأذان .

١٨١ - مسألة : يجلس في التشهد الأول مفترشاً وفي الثاني متوركاً^(٢) ، وقال أبو حنيفة : في جميعه مفترشاً^(٣) ، وقال مالك : في جميعه متوركاً^(٤) ، وقال الشافعي : كل تشهد يعقبه سلام تورك فيه ، وما لا يتعقبه سلام يفترش فيه^(٥) . فالدلالة على أبي حنيفة ومالك أنه مذكور في حديث أبي حميد الساعدي وإنه وصف صلاة رسول الله فقال : « كان إذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ، وإذا جلس في الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى وجلس على مقعدته » . وهذا حديث رواه أحمد وأبو داود وابن المنذر وغيرهم ، وأيضاً فإن ما ذكرناه أولى ؛ لأنه قد يسهو الإمام فرجع إلى صفة جلسته فيتذكر ، وكذلك قد يدخل الداخل فينظر إلى جلسته فيعلم هل فرغ من صلاته ، فيكون في طلب جماعة أخرى ، أو بقي له بقية يعتد بها فيتابعه فيها .

(١) رواه الدارقطني في سننه : ٣٥٥/١ رقم ٥ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٣٧٩/٢ رقم ٣٧٨١ ، والمستدرک على الصحيحيه للحاكم ٤٠٢/١ رقم ٩٩٢ ، وتلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر : ٢٦٢/١ رقم ٤٠٤ .

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات : ١٨٩/١ : (ثم يجلس بعد فراغ من ثانية مفترشاً كجلوس بين سجدتين .. ثم يجلس للتشهد الثاني متوركاً بأن يفرش رجله اليسرى ، وينصب رجله اليمنى ويخرجها من تحته عن يمينه ويجعل إتيه على الأرض ، وخص التشهد الأول بالافتراش ، والثاني بالتورك خوف السهو ، ولأن الأول خفيف) .

(٣) فتح القدير : ٣١٢/١ .

(٤) جاء في الخرشي : ٢٨٥/١ : (والجلوس كله بإفشاء اليسرى للأرض واليمنى عليها وإبهامها للأرض) .

(٥) جاء في المذهب : ٢٦٧/١ : (فإن كانت الصلاة ركعة أو ركعتين جلس في آخرها متوركاً) . وجاء في حلية العلماء : ١٩٤/١ : (فإذا بلغ آخر صلاته جلس للتشهد الأخير متوركاً ، فيخرج رجله من جانب وركه الأيمن ، ويفضي بوركه إلى الأرض وينصب رجله اليمنى . وقال أبو حنيفة : يجلس مفترشاً في جميع جلسات الصلاة .

فصل: والدلالة على أنه لا يتورك في صلاة فيها جلوس واحد أنه جلوس للتشهد بعد ركعتين أشبه الأول من الرباعية.

١٨٨ - مسألة: السلام في آخر الصلاة فرض،^(١) وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال أبوحنيفة: ليس بفرض ويخرج منها بكل ما ينافيها من قول أو فعل.^(٣) دليلنا: قوله: «وتحليلها التسليم»،^(٤) ولأنه أحد طرفي الصلاة فكان من شرطه النطق كالأولى، ولأن الحدث معنى يبطل الصلاة فلا يتحلل به منها كانقطاع دم الاستحاضة، ورؤية الماء في الصلاة، وظهور القدمين، وانقضاء مدة المسح.

١٨٩ - مسألة: السلام من الصلاة، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(٥) دليلنا: قول ابن مسعود لأنس تسليم رسول الله في صلاته يميناً وشمالاً السلام عليكم ورحمة الله، السلام عليكم ورحمة الله. وقول عائشة: كان رسول الله يسلم في صلاته تسليمة تلقاء وجهه، ولأن أواخر جميع العبادات منها كذلك الصلاة.

فصل: ويسلم تسليمتين، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: الاختيار للإمام.^(٦) والمنفرد الاقتصار على واحدة، وعن الشافعي قولان أحدهما: كمذهبننا،

(١) جاء في التوضيح: ٣٠٩/١: (ثم يسلم مرتباً معروفاً وجوباً مبتدئاً عن يمينه جهراً مرأً به عن يساره).

(٢) الخرش: ٢٧٣/١، والكافي لابن عبد البر: ص ٤٢، والاستذكار: ٢١٥/٢، والأم: ١٢٢/١، والمزني: ص ١٨.

(٣) مختصر الطحاوي: ص ٣٠، وانظر: تحفة الفقهاء: ١٣٩/١.

(٤) نص الحديث: (مفتاح الصلاة الطهور واجرامها التكبير، وإحلالها التسليم). انظر: الخلاصة: ٩٦/٢، والترمذي: ٢٧٥/٣.

(٥) انظر الكافي لابن قدامة: ١٤٣/١ حيث جاء فيه: (ثم يسلم، والسلام هو الركن الرابع عشر) فتح القدير: ص ٣١٩.

(٦) فتح القدير: ٣٢٠/١ حيث جاء فيه: (والأخذ بقول كبار الصحابة أولى مما قال به مالك إنه يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه)، شرح منتهى الإرادات: ١٩٣/١.

والثاني قال : إن كان في الناس قلة وسكنوا أحببت سلاماً واحداً، وإن كان فيهم كثرة أو حول المسجد ضجة فالمستحب تسليمتين. دليلنا: ما تقدم من حديث عبد الله بن مسعود والبراء، «وأن النبي كان يسلم عن يمينه وعن شماله»، ولأنه يريد التحلل من صلاته فأشبهه المأموم على مالك، وكما لو كان هناك ضجة وخلق كثر على الشافعي.

فصل: والتسليمة الثانية واجبة خلافاً لإحدى الروایتين ولأكثرهم.^(١) دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر بن سمرة : «إنما يكفي أحدكم أن يسلم عن يمينه وعن شماله»،^(٢) ولأنها إحدى التسليمتين فهي كالأولة.

١٩٠ - مسألة: إذا دعا في صلاته بما يشبه كلام الأدميين : أرزقني جارية حسناء، وداراً قوراء، وعدسية صفراء، لم تصح صلاته،^(٣) وبه قال أبو حنيفة^(٤) خلافاً لأكثرهم.^(٥) دليلنا: انه ما لا يتضمن التقرب إلى الله تعالى فأشبهه إذا لم يخرج مخرج الدعاء، ولأنه يغير هيئة المصلي، ولأنه مما يحسن أن يطلب من غير الله أشبه ما ذكرناه.

(١) قال ابن قدامة: والواجب تسليمة واحدة والثانية سنة، وعنه أن الثانية واجبة. الكافي: ج ١، ص ١٤٣، وجاء في تحفة الفقهاء: ج ١، ص ١٣٨: (وقال بعضهم يسلم تسليمة واحدة).
(٢) أخرجه أحمد في المسند: ٣٤٤/٥.

(٣) جاء في الكافي: ج ١، ص ١٤٣: (ولا يجوز أن يدعو فيها بالملاذ وشهوات الدنيا، وما يشبه كلام الأدميين مثل اللهم ارزقني زوجة حسناء وطعاماً طيباً) لقول النبي ﷺ: «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن». رواه مسلم.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء: ج ١، ص ١٣٨.

(٥) انظر: فتح القدير: ج ١، ص ٣١٩ حيث جاء في المتن (ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزاً عن الفساد). شرح منتهى الإرادات: ١٩٢/١، والكافي: ١٤٣/١، والمدونة: ١٠٢/١، والأم: ١٢١/١.

١٩١- مسألة: يستحب إذا مرت بالمصلي آية رحمة أن يسأل الله ذلك ، أو آية عذاب أن يستعيز من النار ، وبه قال الشافعي ،^(١) وفيه رواية أخرى : أنه في النافلة دون الفريضة ، وبه قال أبو حنيفة^(٢) وجه الأولى : ما روى عن حذيفة أنه قال : صليت خلف رسول الله ﷺ : « فما مر بآية رحمة إلا سألها ، ولا آية عذاب إلا استعاذ منها ».^(٣)

١٩٢- مسألة: لا قنوت^(٤) في الفجر ،^(٥) وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم.^(٦) دليلنا: ما روى عن أبي مالك قال : قلت لأبي قد صليت خلف النبي وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي هاهنا خمس سنين فما تقول في القنوت ؟ قال : محدث. وعن أنس إنما قننت رسول الله ﷺ شهراً بعد الركوع.^(٧) ورواه الشالنجي عن ابن عمر أن قيامكم بعد القراءة لبدعة ، ما فعله رسول الله ﷺ إلا شهراً. وعن أم سلمة أن النبي ﷺ : « نهى عن القنوت في الصبح »،^(٨) ولأنها فريضة فلا قنوت فيها

(١) جاء في حلية العلماء: ٢٠٥/١: (يستحب للمصلي إذا مرت به آية رحمة أن يسألها ، وإذا مرت به آية عذاب أن يستعيز ، وقال أبو حنيفة: يكره في الفرض ولا يكره في النفل) .
(٢) فتح القدير ٣٤٢/١ .
(٣) حديث حذيفة رواه مسلم : ج ٦ كتاب المسافرين ، باب استحباب تطويل القراءة ، ورواه أحمد : ٣٨٤/٥ .
(٤) القنوت : الدعاء . ويطلق على الدعاء بخير وشر ، انظر: المجموع: ٤٨٣/٣ .
(٥) قال ابن قدامة : (ولا يسن القنوت في صلاة فرض) . الكافي: ١٤٧/١ ، والأصل: ١٦٤/١ ، والمدونة: ١٠٢/١ ، والمزني: ص ١٥ ، والأم: ٢٠٥/١ .
(٦) الأصل: ١٦٤/١ ، المدونة: ١٠٣/١ ، الخريشي: ٢٨٣/١ . وعند الشافعي ومالك : القنوت في الفجر . انظر: المزني : ص ١٥٠ ، والأم : ص ٢٠٥ . وجاء في حلية العلماء: ١٩٦/١ : (والسنة أن يقنن في صلاة الصبح) . رواه الشافعي في القديم عن الخلفاء الأربعة ، وبه قال مالك .

(٧) رواه البخاري: ٣ و٣٤٠ ، كتاب الوتر ، باب القنوت قبل الركوع وبعده ، ومسلم: ١٨٠ و٥ .
(٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٢١٤/٢ ، والطبراني في المعجم الكبير : ٢٩١/٢٣ .

كالمغرب، ولا يلزم عليه إذا حدث بالمسلمين حادثة، لأنه يستوي فيه الأصل والفرع.

١٩٣ - مسألة: الترتيب مستحق^(١) في قضاء الفوائت، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٢). دليلنا: أنه ترتيب يستحق في الأداء فاستحق في القضاء كترتيب الركوع مع السجود، ولأنهما صلاتا فرض يفعلا في وقت يتسع لهما أشبه الظهر والعصر بعرفة.

فصل: ولا فرق بين الصلاة الكثيرة واليسيرة، وقال أبو حنيفة ومالك: يستحق ذلك في خمس صلوات فما دون. دليلنا: ما تقدم، وأنه ترتيب يستحق في الخمسة فما دون، فاستحق فيما زاد كترتيب السجود على الركوع.

فصل: ويسقط مع ضيق الوقت، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: لا يسقط، وبه قال مالك وجه الأولى: أنه يفعل إحداها في وقتها والأخرى خارج الوقت، والترتيب يخرجهما عن وقتها فكان ما ذكرناه أولى.

فصل: ويسقط بالنسيان، وبه قال أبو حنيفة^(٣) خلافاً لمالك^(٤). دليلنا: قوله: «عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان»^(٥) ولأنه ترك الترتيب على وجه السهو أشبه إذا زادت الفوائت على خمس صلوات.

(١) الترتيب في قضاء الفوائت شرط، إذا كان أقل من يوم وليلة، وإذا كان أكثر من ذلك يسقط ترتيب الصلاة عند الأحناف. انظر: البدائع: ٣٧١/١، وتحفة الفقهاء: ٣٦٤/١، ومختصر الطحاوي: ص ٢٩.

(٢) عند الشافعية: الترتيب ليس بشرط مطلقاً. انظر: المجموع: ٧٥/٣.

(٣) الأصل: ٢٢٥/١.

(٤) المدونة: ج ١، ص ١٣٧ وما بعدها.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي: ٦٥٩/١.

١٩٤ - مسألة: إذا سلم على المصلي أشار بيده،^(١) وبه قال الشافعي،^(٢) وقال أبو حنيفة: لا يرد.^(٣) دليلنا: أن النبي ﷺ: «سلم عليه قوم من الأنصار فأشار بيده»، رواه ابن عمر،^(٤) ولأنه عمل شيء به حاجة إليه أشبه الخطوة أو الضربة للحية أو العقرب.

١٩٥ - مسألة: إذا بشر بنعمة فقال الحمد لله، أو أخبر بمصيبة فقال: إنا لله وإنا إليه راجعون، لم تفسد صلاته، وبه قال أكثرهم،^(٥) وفيه رواية أخرى: تفسد، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: قوله ﷺ: «إذا نابكم شيء في صلاتكم فليسبح الرجال ولتصفق النساء»،^(٦) ولأنه قصد التنبيه بذكر مشروع في الصلاة، أو بما يلائم الصلاة أشبه تنبيه الإمام على سهوه، والمار بين يديه.

فصل: ويكون تنبيه المرأة بالتصفيق. وقال مالك: بالتسبيح كالرجل.^(٧) دليلنا: ما تقدم من الخبر، ولأنه لما كره لها الجهر بالقراءة حتى لا يفتتن بصوتها كذلك هاهنا.

(١) جاء في الكافي: ج١، ص ١٧٤: (وإن سلم على المصلي رد بالإشارة). وقال عطاء: يكره السلام على المصلي. وعن مالك روايتان في ذلك، وكان أحمد لا يرى بأساً، وقال أبو حنيفة: لا يرد. انظر: حلية العلماء: ج١، ص ٢٠٧ وما بعدها.

(٢) انظر: المذهب: ج١، ص ٢٩١.

(٣) انظر: المبسوط: ج١، ص ١٧٠، المدونة: ج١، ص ٩٩.

(٤) أخرجه أبو داود في الصلاة (٩٢٧)، والترمذي: (٣٦٨) وقال حديث حسن صحيح، والنسائي: ج٣، ص ٥، والبيهقي في السنن الكبرى: ج٢، ص ٢٥٩.

(٥) قال الشاش: إذا أخبر في الصلاة بخير يسوءه فقال: «إنا لله وإنا إليه راجعون» بطلت صلاته عند أبي حنيفة، وعند الشافعي: إذا قصد به قراءة القرآن لم تبطل صلاته.

(٦) أخرجه الدارمي في سننه: ٣٦٥/١.

(٧) جاء في حلية العلماء: ج١، ص ٢٠٧: (فإذا فات المصلي شيء سبح الرجل وشفقت المرأة، فتضرب بطن كفها الأيمن على ظهر كفا الأيسر.. وقال مالك: يسبحان).

- ١٩٠ - مسألة: ستر العورة شرط في الصلاة،^(١) وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال بعض المالكية: هو شرط مع الذكر خاصة، ومنهم من قال: هو واجب وليس بشرط. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار».^(٣)
- ١٩١ - مسألة: حد عورة الرجل ما بين السرة إلى الركبة،^(٤) وبه قال أكثرهم،^(٥) وفيه رواية أخرى: القُبل والدُبُر، وبه قال داود^(٦) وجه الأولى: قوله ﷺ «غط فخذك فإن الفخذ عورة»^(٧) وفي لفظ آخر أنه قال: «أسفل السرة وفوق الركبتين من العورة».

(١) جاء في الكافي: ١١١/١: (ستر العورة شرط للصلاة لما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار». رواه أبو داود، ولقول الرسول ﷺ: «غط فخذك فإن الفخذ من العورة». رواه أحمد.

(٢) جاء في بداية المجتهد: ١٦٥/١: (اتفق العلماء على أن ستر العورة فرض بإطلاق، واختلفوا هي هي شرط من شروط صحة الصلاة أم لا..؟ وظاهر مذهب مالك أنها من سنن الصلاة، وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أنها من فروض الصلاة). وسبب الخلاف هو تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾، هل الأمر بذلك للوجوب أو على الندب؟.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ١٧٣/١: ٦٤١، كتاب الصلاة، باب المرأة تصلي بغير خمار، وأخرجه الترمذي في جامعه ٣٧٧: ٢١٥/٢، أبواب الصلاة، باب ما جاء لا تقبل صلاة المرأة إلا بخمار. وأعله الدارقطني بالوقف. انظر: التلخيص: ٢٧٩/١.

(٤) جاء في الممتع: ٣٥٤/١: (وعورة الرجل والأمة ما بين السرة والركبة، وعنه أنها الفرجان. أما كون عورة الرجل ما بين السرة والركبة على المذهب، فلما روى علي - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تبرز فخذك، ولا تنظر إلى فخذ حي أو ميت». رواه الإمام أحمد في مسنده (١٢٤٨): ١٤٦/١.

(٥) جاء في بداية المجتهد: ١٦٦/١: (ذهب مالك والشافعي إلى أن حد عورة الرجل: (ما بين السرة إلى الركبة، وكذلك قال أبو حنيفة. وقال قوم: العورة هما السوأتان فقط من الرجل). وسبب الخلاف في ذلك: أثران متعارضان كلاهما ثابت: أحدهما: حديث جرهد: أن النبي ﷺ قال: «الفخذ عورة». رواه الترمذي. والثاني: حديث أنس: «أن النبي ﷺ حسر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه» رواه البخاري: ١٤٥/١.

(٦) انظر: الممتع: ٣٥٤/١، والكافي: ١١٢/١.

(٧) رواه الترمذي في كتاب الأدب، حديث رقم (٢٧٩٨)، وجامع الأصول: ٤٥١/٥.

فصل: والركبة ليست من العورة،^(١) وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة.
دليلنا: الخبر، ولأنه أحد حديها فلا يدخل فيها كالسرة.

١٩٨ - مسألة: المرأة عورة إلا الوجه، وفيه رواية أخرى: إلا الوجه والكفين، وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبو حنيفة: والقدمان^(٤) أيضاً وجه الأولى قوله ﷺ «لأم سلمة وقد سألته أتصلي المرأة في درع وخمار ليس عليها إزار؟ قال: «إذا كان الدرع سابغاً يغطي ظهور قدميها»،^(٥) ولأن ما لا يجب كشفه في الإحرام يكون عورة كالبدن وعكسه الوجه.

١٩٩ - مسألة: إذا انكشف من العورة يسير لم تبطل الصلاة خلافاً^(٦) للشافعي، وقال أبو حنيفة: إن كان من الفرج فما زاد على الدرهم تبطل ومن غيره فالربع فصاعداً.^(٧) دليلنا: أنما عفى عن كثيره في حال العذر فرق بين يسيره وكثيره في غير حال العذر، كالعمل وعكسه الحدث، ولأنه لو سقط منزره في

(١) جاء في الكافي: ١١٠/١: (وليست السرة والركبة من العورة).

(٢) جاء في حلية العلماء: ١٦٥/١: (والسرة والركبة ليستا من العورة، وبه قال مالك وأحمد في روايته).

(٣) جاء في المذهب: ٢١٩/١: (فأما الحرة فجميع بدنها عورة إلا الوجه والكفين لقوله تعالى: «ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها»، ولأن النبي ﷺ نهى المرأة في الحرام عن لبس القفازين والنقاب).

(٤) جاء في بداية المجتهد: ١٦٧/١: (وذهب أبو حنيفة إلى أن قدمها ليست بعورة).

(٥) رواه مالك في الموطأ، كتاب الصلاة: ١٤٢/١، وأبو داود حديث رقم (٦٣٩).

(٦) جاء في الكافي: ١١٢/١: (ويجب ستر العورة، فإن انكشف من العورة شيء يسير عفى عنه، لأن اليسير يتحرز منه، وإن كثر بطلت الصلاة به، لأن التحرز منه ممكن).

(٧) يرى الأحناف أن العورة تنقسم إلى غليظة وخفيفة؛ فالغليظة هي القبل والدبر مع ما حولهما، فإذا انكشف منها ما زاد على مساحة الدرهم فإن الصلاة تبطل. والخفيفة هي ما عدا ذلك، فإذا انكشف من أي عضو ما زاد على الربع تبطل الصلاة. جاء في فتح القدير: ج١، ص ٢٦٠: (فإن صلت وربع ساقها أو ثلثه مكشوف تعيد الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وإن كان أقل من الربع لا تعيد، وقال أبو يوسف -رحمه الله- لا تعيد إن كان أقل من النصف).

الصلاة فردة لم تبطل كذلك هاهنا، ونخص أبا حنيفة بأن المقادير عنده لا تثبت إلا بتوفيق أو اتفاق، وقد عدم هاهنا.

٢٠٠ - مسألة: يجب ستر منكبيه في الصلاة خلافاً لأكثرهم،^(١) دليلنا: ما روى أحمد وأبو داود بإسنادهما عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء»،^(٢) ولأنه ستر لا لأجل النظر، فلا يقف على العورة كستر الميت.

٢٠١ - مسألة: إذا لم يجد ثوباً صلى جالساً يومئ وإن صلى قائماً بركوع وسجود أجزأه، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: لا يجزيه إلا أن يصلي قائماً.^(٣) دليلنا: ما روى عن ابن عمر أنه قال: «في قوم انكسرت بهم مراكبهم يصلون جلوساً يومئذ إيماء برؤوسهم ولا مخالف له»،^(٤) وأيضاً فإنه قد اجتمع فرضان: القيام والسترة، وقد دفع إلى ترك أحدهما والستر أو كدهما، لأنه يجب لأعين الناس وللصلاة، ولأنه لا يسقط في النافلة فكان تقديمه أولى، ولأنه إذا صلى جالساً أتى بالستر وما يقوم مقام بقية الأركان وهو الإيماء، وإذا صلى قائماً أتى بالأركان ولم يأت ببديل عن السترة فكان الجمع بين الأمرين أولى من أحدهما.

٢٠٢ - مسألة: إذا لم يجد إلا ثوباً نجساً صلى وفي الإعادة روايتان،^(٥) وقال

(١) جاء في الكافي: ١١٣/١: (وقال القاضي: ستر المنكبين واجب في الفرض، وقيل: يجزئه وضع خيط).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة ومسلم الحديث رقم ٢٧٧. انظر: مصابيح السنة: ٩٤/١.

(٣) المهذب: ٩٥/١، وحلية العلماء: ١٥٢/٢، والمدونة: ٩٩/١.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٢٤/٢، وأبو يعلى في مسنده: ١٣٧/١١.

(٥) جاء في الكافي: ١٠٧/١: (وإن لم يجد إلا ثوباً نجساً صلى فيه، لأن ستر العورة أكد لوجوبه في الصلاة وغيرها، وتعلق حق الأدمي به في ستر عورته، وصيانة نفسه.. والمنصوص أنه يعيد...).

أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كان ربه طاهراً^(١) صلى فيه، وإن كان نقص عن ذلك فهو بالخيار بين الصلاة فيه وبين تركه، وقال الشافعي: تتحتم الصلاة عرياناً^(٢). دليلنا: قوله: «غط فخذك فإن الفخذ عورة»^(٣)، ولأنه واجد للستارة أشبه إذا كانت طاهرة أو ربعها على أبي حنيفة.

٢٠٣ - مسألة: إذا صلى في أرض غصب أو ثوب غصب أو حرير لم تصح صلاته خلافاً لأحد الروایتين^(٥) ولأكثرهم^(٦). دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن ابن عمر قال: «من اشترى ثوباً بعشرة دراهم فيه درهم حرام لم يقبل الله له صلاة مادام عليه قال: ثم أدخل أصبعيه في أذنيه ثم قال: صمتاً إن لم تكن سمعته من رسول الله ﷺ»^(٧) ولأنها بقعة تحرم الصلاة فيها أو ثوب تحرم الصلاة فيه فأشبهه البقعة النجسة والثوب النجس.

(١) المبسوط ١٧٠/١.

(٢) جاء في حلية العلماء: ١٦١/١: (فإن كان على ثوبه نجاسة غير معفو عنها ولم يجد ما يغسلها صلى عرياناً ولم يقبل فيه). وقال في البويطي: قد قيل: يصلي فيه ويعيد، وليس بصحيح. وحكى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه إن شاء صلى عرياناً، وإن شاء صلى في الثوب النجس من غير اعتبار لمقادير النجاسة. وقال مالك: يصلي في الثوب النجس ولا يعيد) انظر: المهذب: ١١٨/١.

(٣) العورة: لغة: النقصان والشيء المستقبح. وشرعاً: سواة الإنسان وكل ما يستحي منه حتى عن نفسه. وعورة الرجل: ما تحت السرة إلى الركبة، والركبة ليست بعورة عند الشافعية، وعورة عند الأحناف، والحرّة كلها عورة إلا الوجه، وفي الكفّين روايتان. انظر: المجموع: ١٧٣/٣، والأم: ٦١/١، والممتع: ٣٥٤/١.

(٤) أخرجه الطبراني في جامع الكبير عن جرهد: ج ٢، حديث رقم ٢١١٤٠.

(٥) انظر شرح منتهى الإرادات ١٤٠/١، وشرح المتمع: ٣٨٣/١.

(٦) جاء في المهذب: ١٣٣/٢: (ولا يجوز أن نصلي في أرض مغصوبة، لأن اللبث فيها يحرم في غير الصلاة، فلأن يحرم في الصلاة أولى، فإن صلى فيها صحت صلاته، لأن المنع لا يخص الصلاة فلا يمنع صحتها).

(٧) رواه أحمد في مسنده: ٩٨/٢.

٢٠٤- مسألة: الكلام عامداً يبطل الصلاة،^(١) وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال مالك: لا يبطل،^(٣) وقال الخرقي: لا يبطل في حق الإمام خاصة^(٤) وجه الأولى قوله ﷺ: «هذه صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام آدميين إنما هي التسبيح والتكبير»^(٥) ولأنه كلام الآدميين أشبه إذا كان لغير مصلحة.

فصل: فإن تكلم ناسياً بطلت صلاته وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم، وإحدى الروايتين^(٦) دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر بن عبد الله: «الكلام ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء»^(٧) ولأن مثله غير مشروع في الصلاة، فأشبهه الحدث والجماع وعكسه السلام.

٢٠٥- مسألة: إذا سبقه الحدث في الصلاة استأنف الصلاة، وبه قال مالك والشافعي في الجديد.^(٨) وفيه رواية أخرى: يتوضأ ويبنى على ماضى، وبه

(١) جاء في الممتع: ٤٨٧/١: (إن تكلم لغير مصلحة الصلاة بطلت، وإن تكلم لمصلحتها ففيه ثلاث روايات: (أ) لا تبطل. (ب) تبطل. (ج) تبطل صلاة المأموم دون الإمام، فالكلام في الصلاة لغير مصلحتها يبطلها لقول الرسول ﷺ: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هي التسبيح والقراءة والتكبير». رواه مسلم في كتاب المساجد، ورواه أبو داود.

(٢) بدائع الصنائع: ٥٧٧/٢، والمبسوط: ١٧٠/١، والوجيز: ٤٨/١، والمجموع ١١/٤.

(٣) جاء في بداية المجتهد: ١٧٣/١: (والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمداً على جهة الإصلاح لا يفسدها، وقال الشافعي: يفسدها التكلم كيف كان إلا مع النسيان.. وقال أبو حنيفة: يفسدها التكلم كيف كان).

(٤) قال ابن قدامة: (أن يتكلم في صلب الصلاة فإن كان عمداً أبطل الصلاة إجماعاً، وإن تكلم ناسياً، أو جاهلاً بتحريمه روايتان: إحداها يبطلها، والثانية لا يفسدها) انظر الكافي: ١٦٢/١.

(٥) صحيح البخاري: ٨٦/٣، وصحيح مسلم: ٣٨٢/١، وأخرجه النسائي في كتاب السهو.

(٦) قال البهوتي: (أو تكلم مطلقاً أي إماماً كما بدلوا غيره عمداً أو سهواً أو جهلاً، طائعاً أو مكرهاً، فرضاً أو نفلاً لمصلحتها أو لا بطلت) شرح منتهى الإرادات: ٢٣/١.

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٧٣/١ به مثله.

(٨) الأم: ج ١ ص ٢٠٧ وما بعدها، والمجموع: ٧/٤.

قال أبو حنيفة والشافعي في القديم،^(١) وعن أحمد رواية ثالثة : إن كان الحدث من السبيلين ابتدئ وإن كان من غيرهما بنى ، وبه قال سفيان الثوري وجه الأول : ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا فسا أحدكم في صلاته فلينصرف فليتوضأ وليعد صلاته »،^(٢) والمراد به على وجه السبق لا القصد ، لأن مسلم لا يقصد إلى ذلك في الصلاة وأيضاً ما أوجب الطهارة في خلال الصلاة أوجب الاستئناف كانقضاء مدة المسح وكالاحتلام ، وإذا أصابته بندقة فشجته وسال دمه .

فصل : فإن قلنا : إن الصلاة لا تبطل فلا تبطل في حق المأموم ، وإن قلنا : الصلاة باطلة على الرواية الصحيحة ، ففي بطلان صلاة المأموم روايتان : أضعفهما أنها لا تبطل ، فعلى هذا يصح استخلافه على المأمومين ، على روايتين أحدهما : يجوز ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وقال في القديم : لا يجوز ، وعن أحمد نحوه وجه الأولى : « أن النبي ﷺ خرج إلى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم ، فقدموا أبا بكر ليصلي بهم العصر ، ثم جاء النبي ﷺ ووقف في الصف فتأخر وتقدم النبي ﷺ وصلى بهم بقية الصلاة »،^(٣) وهذه صلاة بإمامين ، ولأن الصلاة تفتقر إلى إمام ومأموم ثم بغير المأموم لا يمنع ، كذلك بغير الإمام .

(١) جاء في المذهب : ١٦٤/١ : (فإن سبقه الحدث ، ففيه قولان .. قال في الجديد : تبطل صلاته ، لأنه حدث يبطل الطهارة فأبطل الصلاة كحدث العمد .. وقال في القديم : لا تبطل صلاته بل ينصرف ويتوضأ ويبنى على صلاته لما روت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال : « إذا جاء أحدكم في صلاته أو قلس ، فلينصرف وليتوضأ وليبن على ما مضى ما لم يتكلم » ، ولأنه حدث حصل بغير اختياره .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب الطهارة ، باب ٨٢ ، والترمذي ، كتاب الرضاع ، باب (١٢) .

(٣) رواه أحمد في مسنده : ٣٣٧/٥ .

فصل: 'فإن خرج من المسجد قبل الاستخلاف^(١) جاز لهم أن يستخلفوا أو يتموا فرادى ، وقال أبو حنيفة : إذا خرج ولم يستخلف بطلت صلاتهم سواء استخلفوا أو لم يستخلفوا.^(٢) ودليلنا : أنهم صاروا منفردين بخروج الإمام فكان لهم أن يتموا لأنفسهم كالمسبق إذا سلم إمامه ، وكما لو أحرّم بالصلاة منفرداً.

فصل: فإن صلى بقوم فحصر فتأخر وقدم رجلاً جاز، خلافاً لأبي يوسف ومحمد. دليلنا : أنه قد تعذر عليه المضي في الصلاة فأشبهه إذا سبقه الحدث.

٢٠٦ - مسألة: ما يفعله المسبوق مع الإمام آخر صلاته ، وبه قال أبو حنيفة^(٣) وهو المشهور من مذهب مالك^(٤) ، وقال الشافعي : أول صلاته،^(٥) وقد حكاه بعض أصحابنا عن أحمد وجه الأولى قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «إذا جاء أحدكم وقد أقيمت الصلاة فليمش على هيئته فليصل ما أدرك وليقض ما فاتته»^(٦) وعندهم : يصلي ما فات ويقضي ما أدرك ، ولأن الفائت أول صلاة الإمام فكان أول صلاة المأموم كما لو أدركه في التشهد أو أدرك الصلاة من أولها.^(٧)

(١) طريقة الاستخلاف: أن يأخذ بثوب رجل إلى المحراب أو يشير إليه ، والسنة أن يفعله محدودب الظهر أخذاً بأنفه يوهّم أنه رفع .. ويشترط كون الخليفة صالحاً للإمامة.
(٢) جاء في فتح القدير: ٣٧٨/١ : (وله أن يستخلف ما لم يخرج من المسجد أو يجاوز اصفوف في الصحراء.. فإن لم يستخلف حتى جاوز وخرج بطلت صلاة الجماعة، وفي بطلان صلاته روايتان).

(٣) المبسوط: ٣٥/١ جاء في الكافي لابن قدامة: ١٧٦/١ (وما يدركه المأموم مع الإمام آخر صلاته لا يستفتح فيه ، وما يقضيه أولها يستفتح).

(٤) المدونة: ٩٧/١ ، وبداية المجتهد: ٢٦١/١ .

(٥) الأم: ج ١ ص ١٧٨ .

(٦) صحيح مسلم: ٤٢١/١ ، ومسند الإمام أحمد: ٢٨٢/٢ ، وأبو يعلى في المسند: ٤٣٦/٦

(٧) جاء في الكافي: ١٧٩/١ : (وما يدركه المأموم مع الإمام آخر صلاته لا يستفتح فيه ، وما يقضيه أولها يستفتح إذا قام إليه لقوله ﷺ : «وما فاتكم فاقضوا» ، والمقضي هو الفائت) . وعنه أن ما يدركه أولها وما يقضيه آخرها لقوله ﷺ : «وما فاتكم فاقضوا» . والأول المشهور .

٢٠٧- مسألة: إذا صلى وحده أو في جماعته ثم أدركها في جماعة استحَب له إعادتها إلا المغرب، فإن دخل معه أتمها أربعاً، وبه قال مالك. وفيه رواية أخرى أنه يصلي المغرب أيضاً إلا أنه يشفعها برابعة،^(١) فعلى هذا لا يكره له الدخول فيها وبه قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة: يصلي الظهر وعشاء الآخرة خاصة، وقال الشافعي: يصليها حتى المغرب ولا يشفعها برابعة.^(٢) دليلنا: على أبي حنيفة ما روى عن النبي ﷺ: «أنه صلى الفجر ثم انحرف فإذا رجلين في أخريات الناس قال: فجيء بهما ترعد فرائصهما قال: مامنكما من الصلاة معنا؟ قالوا: صلينا في رحالنا ثم أتيناك. قال: فإذا صليتم ثم جئتم والناس في الصلاة فصلوا معهم واجعلوها سبحة»^(٣) ولأنها صلاة شفع أشبه الظهر وعشاء الآخرة.

فصل: والدلالة على أن المغرب لا تعاد قوله في حديث ابن عمر: (من صلى وحده ثم أدرك الجماعة فليعد إلا الفجر والمغرب) رواه النجاد،^(٤) وأيضاً^(٥)

(١) جاء في الممتع: ٥٤٤/١: (فإن صلى ثم أقيمت الصلاة وهو في المسجد استحَب له إعادتها إلا المغرب. وعنه يعيدها ويشفعها برابعة، فلأنها نافلة والتنفل بالوتر غير مستحب).

(٢) الاشراف علي مسائل الخلاف: ٩٣/١، والمدونة: ٨٨/١، والجامع الصغير: ص ٦٩، وبداية المجتهد: ج ١، ص ٢٠٤ وما بعدها.

(٣) سبحة: يطلق على صلاة التطوع والنافلة، ويقال أيضاً للذكر ولصلاة النافلة سبحة. انظر: النهاية في غريب الأثر: ٣٣١/٢.

أخرجه أبو داود في سننه (٥٧٥) ١٥٧/١، كتاب الصلاة فيمن صلى في منزله ثم أدرك الجماعة، وأخرجه النسائي في سننه (٨٥٨) ١١٢/٢، كتاب الإمامة، إعادة الفجر مع الجماعة لمن صلى وحده، وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٩) ٤٢٤/١، أبواب الصلاة.

(٤) انظر: إعلام السنن: ٢٧٣/٤، أبواب الإمامة، باب إذا صلى الفجر أو العصر أو المغرب منفرداً، ثم أدرك الجماعة لا يعيد.

والحديث عزاه لمالك في الموطأ، وذكره في فتح القدير: ٤٦٢/١ مرفوعاً، وعزاه للدارقطني (ولعله في غرائب مالك).

(٥) قال ابن رشد: (ومن استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فإنه خصص العموم بقياس الشبهة وهو مالك - رحمه الله -، وذلك أنه زعم أن صلاة المغرب هي وتر فلو أعيدت لأشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر).

فإنه إذا دخل مع الإمام لزمه حكم ما أوجبه تحريمته هو ثلاث ولا يوجد في الشريعة تطوع بثلاث ، ولأنه يجلس في الثالثة وليس في النوافل جلوس في الثالثة.

فصل: وتكون الفريضة الأولى، وقال مالك : الفريضة واحدة منهما لا بعينها. ^(١) دليلنا: ما تقدم من قوله «واجعلوها سبحة»، يعني الثانية، ولأن وقت الدخول لم تجب عليه فلا يغير فرضه السابق ولا توجب كونه مراعاةً كما لو أعادها منفرداً.

٢٠٨ - مسألة: إذا صلت المرأة في صف الرجال لم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها، ذكره الخلال وابن حامد، وبه قال أكثرهم، وقال أبو بكر: تبطل صلاة ^(٢) من يليها، وقال أبو حنيفة : تبطل صلاة من عن جانبيها ومن خلفها ممن يحاذيها، وقال داود: تبطل صلاتها خاصة. ^(٣) دليلنا: ما روي عن عائشة قالت: «كان رسول الله ﷺ يصلي صلاته من الليل وأنا معترضة بين يديه وبين القبلة» ^(٤) ولأنه شخص لو وقف إلى جنبه في صلاة الجنازة لم تبطل كذلك في غيرها كالصبيان والعبيد وأيضاً فإنهما قد اشتركا في النهي فإذا لم تبطل صلاة الرجل كذلك المرأة.

(١) جاء في بداية المجتهد: ٢٠٥/١: (وأما أبو حنيفة فإنه قال: الصلاة الثانية تكون له نفلاً).
(٢) الكافي لابن قدامة: ١٩١/١ فقد جاء فيه: (وإن وقفت المرأة في صف الرجال كره ولا تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها ، وقال أبو بكر : تبطل صلاة من يليها لأنه خالف الموقف الأول أولى) . انظر المدونة: ١٠٦/١ ، والأم: ١٧٠/١ .

(٣) انظر: القدوري: ص ١٠ ، والأصل: ١٨٩/١ ، وجاء في فتح القدير: ٣٦٠/١ (وإن حازته امرأة وهما مشتركان في صلاة واحدة فسدت صلاته إن نوى الإمام إمامتها) .

(٤) أخرجه البخاري: كتاب الصلاة، باب (٢٢)، ومسلم: كتاب الصلاة، الحديث (٢٦٧) .

٢٠٩- مسألة: سجود التلاوة غير واجب، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لأبي حنيفة.^(٢)

دليلنا: ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قرأ على المنبر يوم الجمعة حتى إذا جاء السجدة قال: (أيها الناس من سجد فقد أجاد وأحسن ومن لم يسجد فلا إثم عليه)،^(٣) وأيضاً فإن السجود ركن من أركان الصلاة فلا يجب منفرداً كالجلوس للتشهد الثاني، وكالسجدة الثانية من سورة الحج، ولأنه سجود يجوز على الراحلة من غير خوف ولا شرط أشبه النافلة.

٢١٠- مسألة: في سورة الحج سجدتان، وبه قال الشافعي،^(٤) وقال أكثرهم:

سجدة واحدة وهي الأولى.^(٥) دليلنا: ما روى أبو داود بإسناده عن عقبة بن عامر قال: «قلت يارسول الله في الحج سجدتان فقال: نعم ومن لم يسجدهما فلا يقرأهما»،^(٦) وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «أقراني رسول الله ﷺ خمسة عشر سجدة في القرآن منها ثلاثة في المفصل وفي الحج سجدتين».^(٧)

(١) جاء في الكافي لابن قدامة: ١٥٨/١: (وسجود التلاوة سنة للقارئ والمستمع). انظر: المدونة: ١١١/١، المذهب: ١٦٢/١ جاء فيه: (وهو سنة غير واجبة لما روى زيد بن ثابت قال: عرضت سورة النجم على رسول الله ﷺ فلم يسجد منا أحد).

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٢٩، وجاء في فتح القدير: ١٣/٢: (والسجدة واجبة يعني باعتبار الأصل على من سمعها).

(٣) صحيح ابن خزيمة: ٢٨٤/١ وفيه: (قرأ عمر بن الخطاب يوم الجمعة على المنبر سورة النحل حتى إذا أتى السجدة قال: يا أيها الناس إنما نمر بالسجود فمن سجد فقد أصاب وأحسن ومن لم يسجد فلا إثم عليه. ولم يسجد).

(٤) جاء في المذهب: ١٦٢/١: (وسجدتان في الحج إحداهما قوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَفْعَلُ مَا يُشَاءُ». والثانية عند قوله تعالى: «وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ». واستدل الشافعي ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «في الحج سجدتان». أخرجه أبو داود في كتاب الصلاة، ورواه أحمد: ١٥١/٤، والحاكم: ٢٢١/١.

(٥) بداية المجتهد: ٣٠٦/١.

(٦) سنن أبي داود: ٥٨/٢.

(٧) المستدرک على الصحيحين: ٣٤٥/١.

٢١١- مسألة: ليس في سورة (ص) سجدة،^(١) وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لإحدى الروایتين ولأكثرهم.^(٣) دليلنا: قول أبي سعيد الخدري في رواية أبي داود: «قرأ رسول الله ﷺ وهو على المنبر (ص)، فلما بلغ إلى السجدة نزل فسجد وسجد الناس معه. فلما كان يوم آخر قرأها فلما بلغ السجدة نشز الناس للسجود، فقال رسول الله ﷺ: «إنما هي توبة نبي ولكني رأيتم نشزتم للسجود فنزل وسجد وسجد الناس»،^(٤) وفي لفظ آخر رواه عنه ابن عباس قال: (سجدها نبي الله داود توبة وسجدناها شكراً)،^(٥) وأيضاً فإنها توبة نبي فأشبهه توبة آدم يعني قوله ﴿ثم اجتباها ربه فتاب عليه﴾.^(٦)

٢١٢- مسألة: في المفصل ثلاث سجديات ؛ في النجم، والانشقاق، والعلق،^(٧) وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروایتين عن مالك: أنه لا سجود في المفصل.^(٨) دليلنا: ما تقدم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص، وأيضاً فإن مواضع السجود شرعت لوجوه ؛ أحدها: ذم من ترك السجود كقوله تعالى :

(١) الكافي لابن قدامة: ٣٠٦/١.

(٢) جاء في المذهب: ١٦٢/١: (وأما سجدة (ص)، فهي عند قوله عز وجل: ﴿وآخر راکعاً وأتاب﴾، وليست من سجديات التلاوة، وإنما هي سجدة شكر، لما روى أبو سعيد الخدري -رضي الله عنه- قال: خطبنا رسول الله ﷺ يوماً فقرأ (ص) فلما مر بالسجود نشزنا للسجود، فلما رانا قال: إنما هي توبة نبي، ولكن قد استعدتُم للسجود فنزل وسجد).

(٣) قال ابن قدامة: (والصحيح أن سجدة [ص] ليست من عزائم السجود لما روى ابن عباس أنه قال: ليست (ص) من عزائم السجود). أخرجه أحمد في مسنده: ٣٥٩/١.

(٤) رواه أبو داود في كتاب الصلاة، باب السجود في ص، الحديث رقم (١٤١٠). وانظر: جامع الأصول: ٥٥٦/٥.

(٥) سنن الدارقطني: ٤٠٧/١.

(٦) سورة طه: الآية: ١٢٢.

(٧) جاء في الكافي: ١٥٩/١: (وسجديات القرآن أربع عشرة سجدة في الحج منها اثنتان، وثلاث في المفصل).

(٨) جاء في بداية المجتهد: ٣٠٥/١: (وأما عدد عزائم سجود القرآن، فإن مالكا قال في الموطأ: الأمر عندنا أن عزائم سجود القرآن إحدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شيء).

﴿ وإذا قيل لهم اسجدوا للرحمن قالوا وما الرحمن أنسجد لما تأمرنا ﴾^(١)،
والثاني : مدح من سجد كقوله تعالى : ﴿ إن الذين عند ربك لا يستكبرون عن
عبادته ويسبحونه وله يسجدون ﴾^(٢)، والثالث : أمره بالسجود كقوله تعالى :
﴿ يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا ﴾^(٣) وهذه المعاني توجد في المفصل.

٢١٣ - مسألة : سجود الشكر مستحب،^(٤) وبه قال الشافعي،^(٥) وقال أكثرهم :
هو مكروه.^(٦) دليلنا : ما روي عن حذيفة قال : « كنت مع النبي ﷺ فتقدمني
فتبعته فوجدته ساجداً فوقفت عليه انتظره فأطال ثم رفع فقلت : لقد خشيت أن
يكون الله تعالى قد قبض روحك في سجودك فقال : إني لما كنت حيث رأيته
لقيني جبريل فأخبرني عن الله عز وجل أنه قال : من صلى عليك مرة صليت
عليه عشرة فسجدت شكراً لله تعالى ».^(٧) وروى الدارقطني بإسناده : « أن
النبي ﷺ كان إذا أتاه الأمر يسره يخر ساجداً شكراً لله تعالى ».^(٨) وروى :

- (١) سورة الفرقان : الآية : ٦٠ .
- (٢) سورة الأعراف : الآية : ٢٠٦ .
- (٣) سورة الحج : الآية : ٧٧ .
- (٤) انظر : المدونة : ١٠٨/١ ، والمزني : ص ٣٠ ، وقال ابن قدامة : (وسجود الشكر مستحب عند
تجدد النعم) الكافي : ١٦٠/١ .
- (٥) جاء في مختصر المزني : ص ٣٠ : (قال الشافعي : وأحب سجود الشكر ، ويسجد الراكب
إيماء ولما شي على الأرض ، ويرفع يديه حذو منكبيه إذا كبر ، ولا يسجد إلا طاهراً) .
انظر : الأم : ٢٥١/١ .
- (٦) جاء في حلية العلماء : ٢٠٥/١ : (ويستحب لمن تجددت عنده نعمة أو اندفعت عنه نقمة أن
يسجد شكراً لله عز وجل ، وقال به أحمد . وقال الطحاوي : أبو حنيفة لا يرى سجود الشكر .
وروي عن محمد عن أبي حنيفة أنه كرهه ، وهو قول (مالك) .
- (٧) أخرجه مسلم : كتاب الصلاة ، الحديث (٧٠) باب ٤ ، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير
عن ابن عمر : ج ١٢ ، حديث رقم (١٣٢٦٩) .
- (٨) سنن الدارقطني : ٤١٠/١ .

«أن النبي ﷺ رأى رجلاً به زمانة^(١) فسجد وسجد أبوبكر وعمر»^(٢).

٢١٤ - مسألة: إذا صلى وليس بين يديه شيء^(٣) فإنه يقطع صلاته الكلب الأسود البهيم ، وبه قال الحسن البصري ، ومجاهد ، وعكرمة ، وطاووس ، وعطاء ، ومكحول^(٤) ، وقال أكثرهم : لا يقطع . دليلنا : قوله ﷺ في حديث أبي ذر : «إذا أحدكم قام يصلي فإنه يستره إذ كان بين يديه مثل آخرة الرجل ، فإن لم يكن بين يديه مثل آخرة الرجل فإنه يقطع صلاته الحمار ، والمرأة ، والكلب الأسود»^(٥).

٢١٥ - مسألة: إذا صلى على ظهر الكعبة أو في جوفها صلاة الفريضة لم تصح صلاته^(٦) ، وقال أبو حنيفة^(٧) وداود : تصح إذا كان قدامه شيء من السطح أو أرض البيت ، وعن مالك كالمذهبين المشهور كمذهبنا ، وقال الشافعي : إن صلى على ظهرها لم يجز^(٨) إلا أن يكون بين يديه سترة مبنية بجص أو طين ، فأما إن كان لبناً أو أجراً منصوباً بعضه فوق بعض لم يجز ، وإن غرز خشبة فعلى خلاف بينهم ، وإن صلى في جوفها مقابلاً للباب لم يجزه

(١) الزمانة : آفة في الحيوانات ، ورجل زمن : أي مبتلى بين الزمانة . والزمانة : العاهة . انظر : لسان العرب ، ومختار الصحاح : مادة (زمن) .

(٢) سنن البيهقي الكبرى : ٣٧١/٢ .

(٣) يستحب أن يصلي إلى سترة ويدنو منها لقول الرسول ﷺ : «إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة» ، وقدر السترة قدر الذراع ، أو عظم الذراع .

(٤) جاء في الكافي : ١٩٥/١ : (فإذا لم يكن بين يديه مثل آخرة الرجل ، فإنه يقطع صلاته الحمار والمرأة والكلب الأسود) .

(٥) صحيح ابن حبان : ١٥١/٦ .

(٦) جاء في الممتع : ٣٨٧/١ : (ولا تصح الفريضة في الكعبة ولا على ظهرها ، لأن المصلي في الكعبة أو على ظهرها غير مستقبل جهتها) .

(٧) الهداية : ٩٥/١ ، جاء في فتح القدير : ١٥٢/٢ (لأن الكعبة هي العرص والهواء إلى عنان السماء) ، واستدلوا على قولهم بأن كل موضع صحت الصلاة فيه صحت الصلاة عليه .

(٨) الأم : ٩٩/١ ، والمجموع : ٢٠٠/٣ .

إلا أن يكون بين يديه عتبة شاخصة متصلة بالبناء. دليلنا: قوله تعالى: ﴿فول وجهك شطر المسجد الحرام وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره﴾، (١) فمنه ثلاثة أدلة أحدها: أنه أمر بالصلاة إليه، لأن الشطر هو النحو، ومنه قول الشاعر:

اقول لأم زنباع أقيمي . . . صدور العيس شطر بني تميم (٢)

ومن صلى فيه أو عليه فلم يصلى إليه، ولهذا من صلى على الراحلة لا يقال: صلى إليها، والثاني: أنه أمر بالصلاة إليه وهذه صلاة إلى بعضه، والثالث: أنه إنما يصح الأمر في حق من تصح منه الموافقة والمخالفة، ومن هو في البيت لا تصح منه الصلاة إلا إليه، وإنما الخارج منه تصح منه الصلاة إليه وإلى غيره، وأيضاً فإنه إذا صلى فيها فقد استقبل بعضها أو استدبر بعضها فقد اجتمع الحظر والإباحة فغلب الحظر كالنكاح والزكاة إذا اجتمع فيهما الأمران.

٢١٦ - مسألة: إذا صلى في المواضع السبعة (٣) المنهي عن الصلاة فيها

(١) سورة البقرة: الآية: ١٤٤.

(٢) هذا البيت لساعدة بن جوية. انظر: الرسالة للإمام الشافعي: ص ٣٥.

(٣) قال في الإنصاف وغيره: لا يضر قبر ولا قبران على الصحيح من المذهب إذا لم يصلى إليه، جزم به ابن تميم وبه قال المصنف وغيره، وقدمه في الفروع والشرع والرعاية والنائق وقيل: هذا يقره. اختاره الشيخ تقي الدين. قال في الفروع: وهو الظاهر على أنه هل يسمى مقبرة أم لا؟ وقد جاء في المذهب: ١١٩/١: (والمواطن السبعة هي: المجزرة، والمزبلة، والمقبرة، ومعاظن الإبل، والحمام، وقارة الطريق، وفوق بيت الله العتيق).

وقال في الاختيارات: ولا تصح الصلاة في المقبرة ولا إليها والنهي سد لذريعة الشرك، وذكر طائفة من أصحابنا أن القبر والقبران لا يمنع من الصلاة فيها لأنه لا يتناول اسم المقبرة، وإنما المقبرة ثلاثة فساعداً، وليس في كلام أحمد وعامة أصحابه هذا الفرق بل عموم كلامهم وتعليلهم واستدلّاهم يوجب منع الصلاة عند قبر واحد وهو أصوب، وذكر الأمدى وغيره: أنه تجوز الصلاة في المسجد الذي قبلته إلى القبر حتى يكون بين حائطه وبين المقبرة حائلاً آخر. وذكر بعضهم هذا منصوص أحمد.

بطلت الصلاة خلافاً لإحدى الروایتين ولأكثرهم، وعنه رواية ثالثة : إن كان عالماً بالنهي أعاد الصلاة.^(١) دليلنا: نهيه ﷺ في حديث ابن عمر : «عن الصلاة في المقبرة، والمجزرة، والمزيلة، ومحجة الطريق، وظهر بيت الله الحرام، ومعطن الإبل، والحمام»،^(٢) ولأنها بقعة نهى عن الصلاة فيها نطقاً أشبه الموضع النجس.

٢١٧-مسألة : إذا أسلم المرتد لم يلزمه قضاء ما ترك من الصلوات والزكاة في حال رده، ذكره ابن حامد. وبه قال أكثرهم،^(٣) وقال الشافعي : يلزمه،^(٤) وقد حكاه أبو إسحاق ابن شاقلا من أصحابنا رواية أخرى، وجه الأولى: أن الكفر الأصلي لا يوجب القضاء كذلك الطارئ كالجنون.

فصل : فإن ترك هذه الأشياء في الإسلام ثم ارتد ثم أسلم لزمه القضاء خلافاً لأبي حنيفة ومالك.^(٥) دليلنا: أنه حق وجب في حال السلامة فلا يسقط بكفر كحقوق الأدميين.

فصل : فإن أسلم المرتد وقد كان أتى بحجة الإسلام لزمه قضاءها، وبه قال

(١) انظر: المبسوط: ٢٠٦/١، والمزني: ص ١٩، والأم: ٩٣/١، وقال ابن قدامة: (ولا تصح الصلاة في خمسة مواضع: المقبرة، الحمام، أعطانة الإبل، والحشى، والموضع المعصوب، وعنه أن الصلاة في هذه المواضع تصح مع التحريم).

(٢) أخرجه ابن ماجه في السنن: ٢٤٦/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٢٩/٢، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣٨٣/١.

(٣) انظر: المختصر: ص ٢٩، الكافي لابن عبد البر: ص ٥٨٤.

(٤) المجموع: ٥/٣، والأم: ٧٠/١، والتنبيه: ص ١٨، والمزني: ص ١٦.

(٥) هذه مسألة خلافية، وهي أن المسلم لو ترك الصلاة ثم ارتد، ثم أسلم، هل يلزمه إعادة ما فاتته وهو مسلم؟. (أ) ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يجب عليه أن يقضي ما فاتته. انظر: الأم: ٧٠/١، والمجموع شرح المذهب: ٥/٣. (ب) بينما يرى الحنفية والمالكية: أنه لا يجب عليه القضاء، لأنه كافر ترك الصلاة في حال الكفر فلا تلزمه الإعادة، لأنه غير مخاطب بالشرائع. انظر: مختصر الطحاوي: ص ٢٩.

أكثرهم خلافاً لإحدى الروایتين وللشافعي وجه الأولى أنه إسلام بعد كفر أشبه الكافر الأصلي.

٢١٨ - مسألة: إذا شك في صلاته بنى على اليقين ، وبه قال أكثرهم ، وفيه رواية أخرى : يبني على غالب ظنه ، فإن لم يكن غالب ظنه رجع إلى اليقين ، وهي اختيار الخرقى^(١) وقال أبو حنيفة : إن كان أول ما لحقه بطلت صلاته وإن كان يعرض له ذلك كثيراً بنى على غالب ظنه وجه الأولى : وهي اختيار أبي بكر قوله ﷺ في حديث أبي سعيد الخدري : «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى فليبن على اليقين حتى إذا استيقن أنه قد أتم فليسجد سجدتين قبل أن يسلم ، فإن كانت صلاته وترّاً صارت شفعاً ، وإن كانت شفعاً كان ذلك ترغيماً للشيطان»^(٢) وأيضاً فإن شك فيما يجب عليه فعله في الصلاة فلا تبطل صلاته ، كما لو شك في قراءة الفاتحة ، ولأنه شك فيما أمر به للشبه ما ذكرنا وهذه أولى من قولنا فيما يجب عليه فعله ، لأن الواجب وغيره سواء في هذا الموضع.

فصل : والدلالة على أنه إذا تكرر ذلك منه لزمه أن يبني على اليقين ماتقدم من الخبر والقياس ويكون أصله إذا لم يكن له غالب ظن .

٢١٩ - مسألة: إذا سبج بالإمام نفسان من المأمومين لزمه الرجوع إلى قولهما بكل حال في زيادة أو نقصان ، وسواء قلنا : يجب على المصلي أن يبني على

(١) قال ابن قدامة: الشك وفيه ثلاث مسائل: إحداهن: شك في عدد الركعات ففيه ثلاث روايات : أ - يبني على غالب ظنه . ب - يبني على اليقين . ج - يبني الإمام على غالب ظنه والمنفرد على اليقين .

(٢) أخرجه مسلم ، كتاب المساجد ، الحديث (٨٨) ، ومالك في الموطأ ، كتاب الصلاة ، الحديث (٦٢) .

اليقين أو غالب الظن،^(١) وبه قال مالك،^(٢) وهي اختيار الخرقى والخلال. وفيه رواية أخرى: إن لم يرجع إلى قولهم لم تبطل صلاته ولا يتعينه،^(٣) وقال أبو حنيفة: يرجع إلى قول واحد منهم، وقال الشافعي: يبنى على يقينه خاصة^(٤) وجه الأولى: أن النبي ﷺ سلم من ركعتين فقام ذو اليمين فقال: «يارسول الله أقصرت الصلاة أم نسيت؟ فقال لأبي بكر وعمر: أحق ما يقول ذو اليمين؟ قالوا: نعم. فصلى ركعتين وسجد للسهو^(٥)»،^(٦) وفيه دلالة عليهما لأنه لم يرجع إلى قول واحد ورجع إلى قول اثنين فصاعداً، وأيضاً فإنها إمارة ظاهرة فرجع إليها كالبيئة في الدعاوي.

٢٢٠ - مسألة: يسجد للسهو قبل السلام إلا إذا سلم من نقصان ساهياً والإمام إذا تحرر أو بنى على غالب ظنه، وقلنا له ذلك على إحدى الروايتين، وفيه رواية أخرى: إن كان سهوه من نقصان فقبل السلام، وإن كان من زيادة

(١) جاء في الكافي: ١٦٣/١: (وإن سبح به اثنان لزمه الرجوع إليهما، لأن النبي ﷺ رجع في قول أبي بكر وعمر، وأمر بتذكيره ليرجع، فإن لم يرجع بطلت صلاته، لأنه ترك الواجب عمداً وليس لهم اتباعه لبطلان صلاته، فإن اتبعوه بطلت صلاتهم إلا أن يكونوا جاهلين).
(٢) جاء في بداية المجتهد: ٢٧٢/١: (واتفقوا على أن السنة لمن سها أن يسبح له، فإذا سبح التفت إليه).

(٣) انظر الكافي: ١٦٣/١، شرح منتهي الإرادات: ٢١١/١.
(٤) جاء في المهذب: ص ١٦٩: (فإن شك في تركها بأن شك هل صلى ركعة أو ركعتين أو صلى ثلاثاً أو أربعاً لزمه أن يأخذ بالأقل ويأتي بما بقي لقول الرسول ﷺ: «إذا شك أحدكم في ثلاثة فليبق الشك وليبن على اليقين»). رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب ٣١.
(٥) السهو: لغة: نسيان الشيء والغفلة عنه، والمقصود به هنا: مطلق الخلل الواقع في الصلاة. انظر: لسان العرب: مادة (س هـ أ).

(٦) أخرجه البخاري: ٢٥٢/١، ومسلم: ٤٠٤/١، والتزمذي في جامعه: ٢٤٧/٢.

فبعد السلام ، وبه قال مالك،^(١) وقال أبو حنيفة وداود : كله بعد السلام،^(٢) وقال الشافعي: قبل السلام،^(٣) وقد حكاه الساجي عن أحمد وجه الأولى: ماتقدم من حديث أبي سعيد الخدري وإنه قال : ويسجد قبل السلام، ولأنه نوع سجود عرض سببه في الصلاة فكان فيها كسجود التلاوة.

فصل: والدلالة على مالك، والثانية قوله في حديث أبي هريرة : «إذا صلى أحدكم فلم يدر أزد أم نقص فليسجد سجدتين وهو جالس ثم يسلم»^(٤) رواه الدارقطني، ولأنه أحد نوعي السجود، فكان داخل الصلاة كالسجود عن نقصان.

فصل: والدلالة على أن في موضعين بعد السلام أنها عبادة لا يقف وجوبها على وجود مال فكان من جبرانها ما يتوقت بما بعدها كالصيام، ونريد به التكتير بالصيام وعكسه الحج.

- (١) لقد لخص ابن رشد أقوال الفقهاء في مواضع السجود والسهو على خمسة أقوال:
- (أ) ذهب الحنفية إلى أن موضعه أبداً بعد السلام.
- (ب) وقال المالكية: الحال لا يخلو إن كان السجود لنقصان يكون قبل السلام، وإن كان السجود لزيادة كان بعد السلام.
- (ج) وقال الشافعية: أن سجود السهو دائماً يكون قبل السلام.
- (د) وذهب الحنابلة: إلى أنه يسجد قبل السلام في المواضع التي سجد فيها رسول الله ﷺ قبل السلام، ويسجد بعد السلام في المواضع التي سجد فيها الرسول ﷺ بعد السلام، فإن كان من سجود في غير تلك المواضع يسجد له أبداً قبل السلام.
- (هـ) وقال أهل الظاهر: لا يسجد للسهو إلا في المواضع التي سجد فيها رسول الله ﷺ فقط. وسبب اختلافهم: أنه ﷺ ثبت عنه أنه سجد قبل السلام، وسجد بعد السلام. انظر: بداية المجتهد: ٢٦٦/١.

- (٢) انظر: المبسوط: ٢١٩/١، مختصر الطحاوي: ص ٣٠، تحفة الفقهاء: ٣٤٠/١.
- (٣) انظر: المذهب: ٩٩/١، والأم: ١٣٠/١، والإقناع للماوردي: ص ٤٢، وفتح الوهاب: ٥٣/١.
- (٤) أخرجه الدارقطني: ٣٧٤/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٩/٢، وأحمد في مسنده: ٢٨٣/٢.

٢٢- مسألة: إذا قام إلى خامسة ثم ذكر، فإنه يعود فيجلس ويتشهد ويسجد سجدتي السهو سواء قعد في الرابعة أم لم يقعد، وسواء عقد الخامسة بسجدة أم لم يعقدها،^(١) وبه قال الشافعي^(٢) وداود، وقال أبو حنيفة: أن ذكر أنه في خامسة وقد عقدها بسجدة أضاف^(٣) إليها أخرى وتشهد وسلم وسجد لسهو، وتشهد وسلم سواء قعد في الرابعة قدر التشهد أم لم يقعد، لأنه إن كان قعد في الرابعة فالصلاة تامة والركعتان نافلة، وإن لم يكن قعد كان ما صلى تطوعاً واستقبل الصلاة، وإن لم يكن قعد الخامسة بسجدة عاد، فإن كان فعل في الرابعة قدر التشهد سلم في الحال وسجد للسهو وإلا قعد قدر التشهد وسلم. دليلنا: ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن مسعود أنه قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ خمساً فلما انفتل توشوش القوم بينهم فقال: ما شأنكم؟ قالوا: يارسول الله هل زاد في الصلاة شيء؟ قال: لا. قالوا: فإنك صليت خمساً، فانفتل^(٤) فسجد سجدتين ثم سلم ثم قال: إنما أنا بشر أنسى كما تنسون». ^(٥) فإن كان النبي ﷺ قعد في الرابعة فلم يضيف إلى الخامسة أخرى، وإن لم يكن قعد فما أبطل الصلاة وعندكم تبطل، والظاهر أنه لم يقعد لأنه لو كان لنفل، ولأنه قد روى في بعض ألفاظ هذا الحديث أنه لم يقعه، ولأنه إذا قام من الرابعة فإن كان يظنها ثانية فيجب أن يصلي ركعتين أخر فتصير ستاً، أو يظنها ثالثة فلا يجلس عقيبها، وأيضاً فإنه زاد في صلاته من جنسها على طريق السهو فيجب أن تلغى ولا يبطلها كما لو لم يعقد الخامسة بسجدة.

(١) جاء في الكافي: ١٦٣/١: (ومتى قام الرجل إلى ركعة زائدة، فلم يذكر حتى سلم سجد للحال، وإن ذكر قبل السلام سجد ثم سلم، وإن ذكر في الركعة جلس على أي حال كان، فإن كان قيامه قبل التشهد تشهد ثم سجد ثم سلم، وإن كان بعده سجد ثم سلم، وإن كان تشهد ولم يصل على النبي ﷺ صلى عليه ثم سجد وسلم).

(٢) المذهب: ١٧٢/١ وما بعدها، ومختصر المزني: ص ٢٩.

(٣) الأصل: ٢٣٩/١، والمدونة: ١٣٤/١، والمزني: ص ١٧، وفتح القدير: ٥١١/١.

(٤) انفتل: أي انصرف. انظر: مختار الصحاح، مادة (فتل)، ص ٢٠٥.

(٥) أخرجه مسلم: ٤٠٠/١، وأبو داود: ٢٦٨/١.

٢٢٢ - مسألة : إذا نسى سجدة أو سجدتين من ركعة ثم ذكر قبل أن يأخذ في القراءة عاد وسجد، وإن ذكر بعد ماقرأ بطل حكم الأولى واعتد بالثانية فقط^(١) وقال أبو حنيفة والشافعي: يعود إلى الأولى بكل حال.^(٢) دليلنا: أن القيام غير مقصود في نفسه وإنما يراد لغيره، ولهذا تتقدر بقدر القراءة في حق من لا قدرة له عليها فيحصل ذاكراً قبل الشروع في المقصود، أشبه إذا ذكر قبل أن يعتدل قائماً، وعكسه إذا شرع في المقصود، فإن الآية [.....].^(٣)

٢٢٣ - مسألة : فإن ترك أربع سجعات من أربع ركعات سجد سجدة فصح له الركعة الأخيرة وألغى ما قبلها، وعنه رواية أخرى: تبطل الصلاة،^(٤) وعن مالك كالْمذهبين، وقال أبو حنيفة : يسجد في الحال أربع سجعات، وقال الشافعي وداود: يصح له ركعتان وتلغى ركعتان.^(٥) فالدلالة على أنها لا تبطل أنه سهو في الصلاة أشبه إذا سلم من نقصان. والدلالة على أبي حنيفة أنه شرع في الثانية قبل الفراغ من الأولى فلا يعتد بالأولى كما لو ترك سجديها. والدلالة

(١) قال البهوتي: ٢١٤/١: (ومن ترك ركناً غير تكبيرة الإحرام سهواً كركوع أو سجود فذكره - أي الركن المتروك بعد شروعه في قراءة ركعة أخرى غير التي تركه منها - بطلت الركعة، وإن ذكرها تركه قبله أي قبل شروعه في قراءة ركعة أخرى يلزمه أن يعود إلى الركن المتروك ...) وانظر: الشرح الكبير للدردير: ٢٩٢/١.

(٢) شرح فتح القدير: ٥٢٣/١.

(٣) بياض في الأصل.

(٤) جاء في الممتع: ٤٩٥/١: (وإن نسى أربع سجعات من أربع تكبيرات وذكر في التشهد سجد سجدة فصحت له ركعة ويأتي بثلاث، فأن جبرانها حصل قبل الشروع في غيرها وأما كونه يأتي بثلاث ركعات فلا أن كل ركعة من الثلاث التي فعلها تبطل في الشروع في التي تليها فلم يبق له سوى ركعة.

وعنه تبطل صلاته، لأن من نسى ذلك كله يكون متلاعياً بالصلاة ذاهباً عنها).

(٥) انظر الأصل: ٢٩٩/١، والمختصر: ص ٣٠، والمدونة: ص ١٣٤، والدسوقي: ٢٩٨/١. قال ابن قدامة: (فإن ترك أربع سجعات من أربع ركعات، وذكر وهو في التشهد سجد سجدة تصح له الركعة الرابعة، ويأتي بثلاث ركعات، ويسجد للسهو، وعنه أن صلاته تبطل) انظر: الكافي: ص ١٦٦.

على الشافعي أن السجود ركن من أركان الصلاة، فلا تلغو من ركعتين كالقراءة، ولأنه سجود في الثانية فلا يتم به الأولى كسجود التلاوة.

٢٢- مسألة: إذا ترك التشهد الأول^(١) ثم ذكر وقد اعتدل قائماً ولم يشرع في القراءة، فالمستحب ألا يعود، فإن عاد لم تبطل صلاته، وقال مالك: إن ارتفعت إلتياه من الأرض لم يعد^(٢) وقال الشافعي: إذا انتصب قائماً لم يجز له أن يعود. دليلنا: أنه ذكر قبل أن يشرع في القراءة أشبه إذا لم ترفع إلتياه من الأرض.

٢٢- مسألة: إذا قرأ في الأخيرتين من الظهر والعصر والعشاء الآخرة بالحمد لله وسورة ساهياً، أو صلى على النبي في التشهد الأول، أو دعا فيه بما يدعو في الأخير أو قرأ في موضع تشهده أو ركوعه وسجوده أو تشهده في موضع قيامه أو قال في ركوعه: سمع الله لمن حمده ونحو ذلك، فإنه يسجد للسهو، وفيه رواية أخرى: لا يسجد^(٣) وبه قال أكثرهم وجه الأولى: ما روى أحمد بإسناده عن ثوبان أن النبي ﷺ قال: «لكل سهو سجدتان بعد السلام»،^(٤) ولأنه

(١) لقد بين ذلك ابن قدامة بقوله: (وإن ذكر التشهد قبل انتصابه قائماً، رجع فأتى به، وإن ذكره بعد شروعه في القراءة، لم يرجع لذلك، لأنه ليس بركن مقصود فلم يرجع إلى واجب، وإن ذكره بعد قيامه، وقبل شروعه في القراءة لم يرجع أيضاً). انظر الكافي: ١/١٦٧، شرح منتهى الإرادات: ٢١٦/١.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير: ج١، ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٣) جاء في الممتع: ٤٨٦/١: (وإذا أتى بقول غير مشروع في غير موضعه كالقراءة في السجود، والقعود، والتشهد، وقراءة السورة في الأخيرين لم تبطل الصلاة به ولا يجب السجود لسهوه. وهل يشرع؟ على روايتين، لأنه جبر لما ليس بواجب فأولي أن لا يكون واجباً. أما كونه لا يشرع السجود له على رواية، فلأن الصلاة لا تبطل بعمده أشبه الخطوة والخطوتين، وأما كونه يشرع على رواية فلقول الرسول ﷺ: «إذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس». أخرجه مسلم في صحيحه: ٤٠٠/١.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٧٢/١، وأحمد في مسنده: ٢٨٠/٥، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٧/٢.

ذكر مشروع في الصلاة أتى به في غير موضعه أشبهه إذا سلم من نقصان.

٢٢٦- مسألة: ما يسجد لسهوه لا يسجد له إذا تعمد،^(١) وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي. دليلنا: أن النبي ﷺ «جعل ذلك ترغيماً للشيطان»،^(٢) وعلى قولهم يكون ترغيماً للمصلي دون الشيطان، ولأنه سجود يضاف إلى سبب فاخص به كسجود التلاوة.

٢٢٧- مسألة: سجود السهو واجب،^(٣) ذكره ابن حامد، وبه قال بعض الحنفية، وقال مالك: إن كان سببه نقصان في الصلاة وجب.^(٤) وقال الشافعي: لا يجب.^(٥) دليلنا: أنه جبران لنقص دخل على العبادة فأشبهه جبران الحج، ولأنه أمر به والأمر على الوجوب.

- (١) انظر: الممتع: ج ١، ص ٤٨٧ وما بعدها.
- (٢) الحديث أخرجه أبي سعيد الخدري وثمame؛ وقال: قال رسول الله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى، ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك، وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمساً شفعتا له صلاته، وإن كان صلى إتماماً لأربع، كانتا ترغيماً للشيطان».
- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له: ٦٠/٥-٦١، وأحمد في مسنده: ٧٢/٣، ٨٣، ٨٤، ٨٧.
- وانظره مفصلاً في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني: ١٣٤/٢ رقم ٤١١.
- (٣) لقد حدث خلاف بين الفقهاء في سجود السهو.. هل هو فرض، أو سنة؟
- (أ) فذهب الشافعية إلى أنه سنة. فقد جاء في المذهب: ١٧٣/١: (وسجود السهو سنة لقوله ﷺ في حديث أبي سعيد الخدري: «كانت الركعة نافلة له والسجدتان»، ولأنه بفعل لما لا يجب فلا يجب). انظر: حلية العلماء: ٢١٧/١.
- (ب) وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن سجود السهو واجب. انظر: كشف القناع: ٤٩٥/١.
- (ج) وفرق الإمام مالك بين السجود للسهو في الأفعال، وبين السجود للسهو في الأقوال، وبين الزيادة والنقصان. فقال: سجود السهو الذي يكون للأفعال الناقصة واجب، وسجود الزيادة مندوب. انظر: بداية المجتهد: ٢٦٤/١.
- (٤) الكافي: ١٦٨/١، وشرح فتح القدير: ٥٠٢/١ حيث جاء فيه: (سجدة السهو واجبة وهو الصحيح)، والدسوقي على الشرح الكبير: ٢٩٠/١ وما بعدها، والروض المربع: ١٠٧/١.
- (٥) سجود السهو عند الشافعية سنة عند ترك مأمر به أو فعل منهي عنه. انظر: زاد المحتاج: ٢٣١/١، وحلية العلماء: ٢١٧/١.

٢٢- مسألة: إذا نسي أن يسجد قبل السلام أو عقيبته ثم ذكر سجد ما لم يتناول الزمان ويخرج من المسجد وإن تكلم، فإن خرج لم يسجد، وعنه رواية أخرى يسجد وإن خرج وتباعد، وقال أبو حنيفة: يسجد ما لم يتكلم ولم يخرج من المسجد، وقال الشافعي: إن تقارب الزمان سجد وإن تباعد على قولين أصحهما السجود.^(١) دليلنا: على أنه لا يسجد إذا تطاول وتشاغل وخرج من المسجد أنه سجد لتكملة الصلاة فلا يبنى على التحريم.^(٢) إلا على حسب ما يبنى سائر أفعالها كسجود الصلاة، ولأن تكبير التشريق يسقط إذا تأخر عن الصلاة كذلك ها هنا.

والدلالة على فعله بعد الكلام ما لم يخرج من المسجد ما تقدم من حديث ابن مسعود، وأن النبي صلى خمساً وسجد بعد الكلام، ولأنه يفعل خارج الصلاة فلا يمنع منه الكلام كالخطبة وتكبير التشريق.

٢٢٩- مسألة: إذ سها الإمام ولم يسجد سجد المأموم، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروايتين،^(٣) ولأبي حنيفة^(٤) والمزني^(٥) وجه الأولى: أنه سجد توجه عليه فلا يسقط بترك غيره كسجود الإمام إذا ترك المأموم. ولأنهم قالوا في سجود التلاوة: إذا لم يسجد التالي سجد المستمع، كذلك ها هنا. والمنصوص عن

(١) انظر: الأصل: ٢٧٥/١، والمدونة: ١٣٧/١.

(٢) في المخطوط: التحريم.

(١) قال ابن قدامة: (فإن ترك الإمام السجود.. فهل يسجد المأموم؟ فيه روايتان إحداهما: يسجد، لأن صلاته نقصت بسهو إمامه ولم يجبرها فلزمه جبرها، والثانية: لا يسجد، لأنه لم يسجد تبعاً، فإذا لم يوجد المتبوع لم يجد التبع). انظر الكافي: ١٧٠/١، والمدونة: ١٣٤/١.

(٢) جاء في فتح القدير: ٥٠٦/١: (إذا سها الإمام وجب السجود على المؤتم لوجوبه على الإمام، فإن لم يسجد الإمام لم يسجد المؤتم مع أنه يصير مخالفاً لإمامه وما التزم الأداء إلا متابعا).

(٣) جاء في مختصر المزني: ص ٢٩: (وإن سها إمامه سجد معه، فإن لم يسجد إمامه سجد من خلفه، فإن كان قد سبقه إمامه ببعض صلاته سجد معها بعد القضاء اتباعاً لإمامه).

أحمد هناك أنه يسقط في حق المستمع، ولعله على الرواية الثانية في هذا الموضع.

٢٣٠ - مسألة: إذا صلى بقوم وهو محدث فإن كان عالماً بحدث نفسه أعاد وأعادوا بكل حال، وإن لم يعلم ثم علم بعد الفراغ أعاد الإمام^(١) خاصة، وفي أثناء الصلاة يعيد هو، وفي إعادتهم روايتان، وقال أبو حنيفة: الإعادة على الجميع بكل حال، وقال مالك: إن كان عالماً أعادوا كلهم، وإن كان ناسياً لحدثه أعاد وحده، وقال الشافعي: الإعادة عليه خاصة^(٢) بكل حال.^(٣) دليلنا: على أبي حنيفة قوله ﷺ: «إذا صلى الإمام بالقوم وهو على غير وضوء أجزأت صلاة القوم ويعيد هو»^(٤) رواه الدارقطني، والذي اعتمد عليه أحمد أن عمر بن الخطاب صلى بالناس وهو جنب فأعاد ولم يعيدوا.^(٥) وعن عثمان وعلي وابن عمر أنهم قالوا كذلك، ولأنه علم بحدث إمامه بعد الفراغ أشبه إذا سبق الإمام الحدث ثم علم به بعد الفراغ. والدلالة على أنه إذا تعمد ذلك بطلت صلاتهم أنه يصير فاسقاً فلا تصح إمامته، ولأنه مستهزئ بالصلاة فأشبهه الكافر.

(١) جاء في الممتع: ٥٦٦/١: (ولا تصح إمامة محدث ولا نجس يعلم ذلك، لأن الطهارة من الحدث والنجس شرط لصحة الصلاة فضلاً عن الإمامة، وهو مفقود هنا فلم يصح لقوات الشرط. وأما إن جهل هو والمأموم حتى قضا الصلاة صحت صلاة المأموم وحده لما روى البراء بن عازب قال: صلى رسول الله ﷺ بقوم وليس هو على وضوء، فتمت للقوم، وأعاد النبي ﷺ. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٤٠٠/٢، كتاب الصلاة، باب إمامة الجنب.

(٢) جاء في المذهب: ١٨٤/١: (فإذا صلى خلفه غير الجمعة ولم يعلم ثم علم، فإن كان ذلك في أثناء الصلاة نوى مفرقة وأتم، وإن كان بعد الفراغ لم تلزمه الإعادة، لأنه ليس على حدثه إمارة فعذر في صلاته خلفه).

(٣) مختصر الطحاوي: ص ١٣١، والمدونة: ٣٣/١، الأم: ج ١، ص ١٦٧ وما بعدها.

(٤) سنن الدارقطني: ٣٦٣/١.

(٥) عن أبي أمامة قال: صلى عمر رضي الله عنه بالناس جنباً فأعاد ولم يعد الناس، فقال له علي رضي الله عنه: قد كان ينبغي لمن صلى معك أن يعيد، قال: فرجعوا إلى قول علي. فتح القدير: ٣٧٤/١.

فصل : الدلالة على أن في أثناء الصلاة تجب الإعادة أن صلاتهم متعلقة بصلاته بدلالة قوله : «صلاة الجميع تفضل على الفذ بخمس وعشرين درجة»^(١)
ولأنه يدخل عليهم النقص بدخوله على صلاته ولهذا يسجدون لسجوده، وإذا بطلت صلاته كذلك صلاتهم ولا يلزم ما بعد الفراغ، لأنه مستثنى بالآثر وإجماع الصحابة.

٢٣- مسألة : إذا صلى خلف كافر ثم علم أعاد الصلاة،^(٢) وبه قال أكثرهم^(٣)
خلافاً لبعض أصحاب الظاهر. دليلنا: قوله ﷺ : « لا يؤمن فاجر براً »^(٤) ولأن الأصل بقاء الصلاة فمن ادعى إسقاطها فعليه الدليل.

٢٣٢- مسألة : لا يعفى عن قليل النجاسات في الصلاة إلا الدم، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : يعفى عن قدر الدرهم من جميع النجاسات، وقال الشافعي : لا يعفى عنها إلا يسير دم البراغيث، وفي بقية الدماء قولان.^(٥) فالدلالة على أبي حنيفة قوله ﷺ : «تنزهوا من البول، فإن عامة عذاب القبر من البول»^(٦)

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢٣١/١، ومسلم في صحيحه: ٤٥٠/١، والترمذي في جامعه: ٤٢١/١، وأحمد في المسند: ٥٥/٣.

(٢) جاء في الممتع: ج١، ص ٥٦٠ وما بعدها: (ولا تصح الصلاة خلف كافر، لأن الصلاة تفتقر إلى النية، وكذا الوضوء، والنية فيهما لا تصح من الكافر، وسواء علم بكفره في الصلاة أو بعد الفراغ منه، لأن إمارات الكفر لا تخفى غالباً فكانه إذا لم يعلم يعد مقصراً).

(٣) ذهب الحنفية إلى أنه يحكم بإسلامه وبالتالي تكون الصلاة صحيحة، انظر: تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين: ٣٥٣/١، بينما ذهب الشافعية وأغلب الفقهاء إلى أنه لا يحكم بإسلامه وبالتالي تكون صلاته باطلة انظر: الأم: ١٦٨، والمجموع: ١٥٢/١.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٣٤٣/١، كتاب إقامة الصلاة، باب في فرض الجمعة.
(٥) الأصل: ٧١/١، والمدونة: ٢١/١، ومختصر المزني: ص ٨، والدسوقي: ج١، ص ٧٣ وما بعدها، قال البهوتي: (وغير دم سمك، وغير دم بق وقمل وبراغيث، وذباب، ونحوه طاهر) انظر شرح منتهي الإرادات: ١٠٢/١، الكافي: ٩٢/١.

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٢٥/١، كتاب الطهارة، باب نجاسة البول. قال الدارقطني: (الصواب أنه مرسل وله شاهد عنه بلفظ: أكثر عذاب القبر من البول). وأخرجه أحمد في مسنده: ٣٢٦/٢، وأخرجه ابن ماجه: ١٢٥/١.

ولأنه لا يعفى عما زاد على الدرهم منه فهو كحدث الأعضاء، ولا يلزم الدم لأننا لا نقدره بالدرهم بل بالفاحش، ونخص الشافعي بما روى ابن عباس أن النبي ﷺ «أرخص في دم الحبون»^(١)، «يعني الدم، رواه الدارقطني، ولأنه تلحق فيه المشقة أشبه دم البرغوث.

٢٣٣- مسألة: دم السمك طاهر، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم.^(٢) دليلنا: أنه جزء من السمك أشبه اللحم، ولأنه لو كان حراماً لم يباح أكله إلا بعد سفع دمه كدم بهيمة الأنعام، ولأنه دم مأكول أشبه الكبد والطحال.

٢٣٤- مسألة: دم البق طاهر،^(٤) وبه قال أبو حنيفة: خلافاً للشافعي،^(٥) وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنه دم غير سائل أشبه الكبد والطحال.

٢٣٥- مسألة: روث مايؤكل لحمه طاهر وكذلك بوله،^(٦) وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة الحمام والعصافير طاهر وماعداه نجس،^(٧) وقال الشافعي: الكل

(١) الحبون: هي الدماويل واحدها حبن وجينة بالكسر، أي أن دمها معفو عنه إذا كان في الثوب حال الصلاة. انظر: النهاية في غريب الأثر: ٣٣٥/١.

(٢) سنن البيهقي الكبرى: ٤٠٥/٢.

(٣) شرح منتهى الإرادات: ١٠٢/١ قال ابن قدامة: (إلا دم السمك فإنه طاهر، لأن ميتته طاهرة مباحة) الكافي: ٨٨/١.

(٤) جاء في الكافي: ٨٨/١: (وفي دم ما لا نفس له سائلة كالذباب، والبق، والبراغيث، والقمل روايتان: إحداهما: نجاسته، لأنه دم أشبه المسفوح. والثانية: طهارته، لأنه دم حيوان لا ينجس بالموت أشبه دم السمك).

(٥) جاء في حلية العلماء: ١٣٣/١: (وأما الدم فنجس، وفي دم السمكة وجهان: أحدهما: أنه طاهر. وقال أبو حنيفة: دم القمل والبراغيث والبق طاهر وهو إحدى الروايتين عن أحمد).

(٦) جاء في الممتع: ٢٧١/١: (وبول ما يؤكل لحمه وروثه ومنيه طاهر، وعنه: أنه نجس، أما كون بول ما يؤكل لحمه طاهراً على المذهب فلأن النبي ﷺ «أمر العرنين بشرب أبوال الإبل، ولو كانت نجسة لما أمر بشربها». ولقوله ﷺ «لا بأس ببول ما أكل لحمه». وأما كون روثه طاهراً على المذهب فلأن النبي ﷺ «كان يصلي في مرايض الغنم»).

(٧) جاء في تحفة الفقهاء: ٥١/١: (وما يذرق من الهواء نوعان الصغار منها مثل: الحمام ونحوها وخرؤها طاهر. والكبار: كالصقر والبازي ونحوهما وخرؤها طاهر عند أبي حنيفة، وقال محمد: نجس).

نجس.^(١) دليلنا: قوله ﷺ في حديث البراء بن عازب: «ما أكل لحمه فلا بأس ببوله»،^(٢) وقول بكير بن الأشج: كان أصحاب رسول الله يصلون وخرى البعير في ثيابهم، ولأنه مائع ورد الشرع بإباحة شربه أشبه اللبن والحمام والعصافير على أبي حنيفة، وقد دل على الوصف حديث العرنين.

٢٣٠ - مسألة: إذا أصاب أسفل الخف نجاسة فمسحه بالأرض صلى فيه لم يجزه،^(٣) وروى عنه أنه أخف من النجاسة على الثوب. قال الشيخ: وهذا يدل على إباحة الصلاة فيه. وعن الشافعي: كالروايتين. ويمكن أن يكون هذا من أحمد لبيان الخلاف بخلاف كونه على الثوب، وعن أحمد رواية ثالثة: يعفى عنه إلا أن يكون بولاً أو عذرة رطبة، وقال أبو حنيفة: إن كانت النجاسة مما لها جرم قائم كالعذرة ثم جفت ومسحها بالأرض جاز الصلاة فيه، وإن لم يكن لها جرم كالبول أو كان لها جرم إلا أنها رطبة لم يجز.^(٤) دليلنا: أنه ملبوس نجس فأشبه الثوب.

٢٣٧ - مسألة: يرش بول الغلام الذي لم يطعم الطعام وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم: يغسل.^(٥) دليلنا: قوله ﷺ في حديث علي بن أبي طالب: «بول الغلام

(١) جاء في المذهب: ٩١/١: (وأما سرجين البهائم وذرق الطيور فهو كالغائط في النجاسة).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٢٨/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٤١٣/٢.

(٣) جاء في الكافي: ٩٠/١: (إذا أصاب أسفل الخف أو الحذاء نجاسة ففيه ثلاث روايات إحداهن: يجزئ دله بالأرض. والثانية: يجب غسله لأنه ملبوس فلم يجز فيه المسح. والثالثة: يجب غسله من من البول والعذرة).

(٤) قال ابن قدامة: (إذا أصاب أسفل الخف أو الحذاء نجاسة، ففيه ثلاث روايات إحداهن: بجزت ذلك بالأرض.. والثانية: يجب غسله، لأنه ملبوس فلم يجز فيه المسح كظاهره، والثالثة: يجب غسله من البول والعذرة لفحشهما وبجرت ذلك من غيرهما) انظر: الكافي: ٩٠/١، والأصل: ٨٧/١، والمدونة: ٣٥/١، والأم: ٥٥/١، وفتح القدير: ١٩٥/١.

(٥) الكافي: ٦١/١، وشرح منتهى الإرادات: ٩٩/١، وزاد المحتاج: ٨١/١، وما بعدها، وفتح القدير: ١٩٧/١، والمذهب: ٤٩/١، والوسيط: ٣٣/١، وفتح العزيز: ٢٥٣/١.

ينضح عليه ويول الجارية يغسل»،^(١) ولأن ما لا يغسل إذا كان قدر الدرهم لا يغسل إذا زاد كالבصاق.

٢٣٨ - مسألة: إذا جبر ساقه بعظم نجس وخاف من قلع به الضرر لم يلزمه قلعه على قياس المذهب، وبه قال أبو حنيفة،^(٢) وقال أبو بكر: يلزمه قلعه، وبه قال الشافعي.^(٣) واختلف أصحابه إذا خاف التلف على وجهين. دليلنا: أنها نجاسة باطنة أشبه إذا ابتلعها ودم في العروق، ولأنه لو غصب خيطاً فخاط به جرحه لم يلزمه إخراج كذا هاهنا، بل ذلك لحق آدمي فهو أوكد.

٢٣٩ - مسألة: مني الآدمي طاهر،^(٤) وبه قال الشافعي^(٥) وداود. وفيه رواية أخرى: أنه نجس إن كان رطباً غسله ويابساً فركه، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: يجب غسله لنجاسته.^(٦) دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عباس في مني يصيب الثوب: «إنما هو بمنزلة البصاق والمخاط وإنما يكفيك أن تمطه عنك بخرقة أو أذخرة»^(٧)، ولأنه مائع ينشر الحرمة أشبه اللبن، ولأنه ابتدئ خلق بشر فأشبهه التراب.

(١) أخرجه أحمد في مسنده: ٧٦/١.

(٢) إن كلام أبي حنيفة ليس علي عموم بل يخرج عظم الخنزير لأنه نجس الصيد، انظر: فتح القدير: ٩٦/١ وما بعدها، البدائع: ٢٧١/١، ومختصر الطحاوي: ص ١٧.

(٣) انظر: المجموع: ٢٧١/٣، ولمهذب: ٦٧/١.

(٤) جاء في الممتع: ٢٧٣/١: (ومني الآدمي طاهر لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا﴾، أطلق عليه اسم الماء فوجب أن يطلق عليه حكمه في الطهارة. وعنه: أنه نجس، فلأنه مستحيل من الدم أشبه القيح والصدید، ولأنه خارج بشهوة أشبه المزي).

(٥) انظر: نهاية المحتاج: ٩٧/١.

(٦) الكافي: ٨٦/١، وفتح القدير: ١٩٨/١، والبدائع: ٢٦٧/١، والتنبيه: ص ١٧، والمنهاج: ص ٦، والمهذب: ٥٤/١.

(٧) أذخرة: من الإذخر، وهو نبت الواحد إذخرة. انظر: مختار الصحاح، مادة (ذخر) ص ٩٢.

(٨) سنن الدارقطني: ١٢٤/١.

٢٤ - مسألة: إذا أصاب الأرض بول فصب عليه الماء حتى غمره وزال عنه التغيير فقد طهر الموضع^(١) والماء الذي خالطه ، وبه قال أكثرهم ، وقال أبوحنيفة : لا يطهر حتى ينتقل البول إلى موضع آخر فيحصل الموضع الآخر والماء الذي خالطه نجس.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ في الأعرابي الذي بال في ناحية المسجد : «صبوا على بول الأعرابي ذنباً أو ذنوبين من ماء»،^(٣) فلو كان الماء نجساً ل زاد في تنجيس المسجد ، ولأنه زال بعد طهارة المحل أشبهه عصارة الثوب.

٢٤ - مسألة: إذا احترقت النجاسة فصارت رماداً لم تطهر، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة، وهكذا الخلاف في الخنزير إذا وقع في الملاحة فصار ملحاً.^(٤) دليلنا: أن ما لا ينجس بالاستحالة لا يطهر بها كالدّم، وعكسه الخمر.

٢٤١ - مسألة: إذا أصابت الأرض نجاسة ثم ذهب أثرها لم تجز الصلاة عليها وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : يصلي ولا يتيمم منها.^(٥) دليلنا: أنه محل نجس فلا يطهر بجفافه كالبساط أو فلم تصح الصلاة مع جفافه كالأصل.

(١) جاء في كشف القناع: ١٨٥/١: (وتظهر أرض متنجسة بمائع كبول، أو بنجاسة ذات جرم أزيل ذلك عنها، ولو كانت النجاسة من كلب .. بمكثرة الماء عليها).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٧٦/١ (وأما الأرض إذا أصابها نجاسة رطبة:

(أ) فإن كانت الأرض رخوة فإنه يصب عليها الماء حتى يتسفل منها، فإذا تسفل ولم يبق

على وجهها من الماء يحكم بطهارتها .. والتسفل في الأرض بمنزلة العصر).

(ب) وإن كانت الأرض صلبة، فإن كانت صعيداً فإنه يحفر في أسفلها حفرة ويصب الماء

عليها.. وإن كانت مستوية لم يزل الماء عنها فإنها لا تغسل، لأنه فائدة في غسلها).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٩): ٨٩/١.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٨٤): ٢٣٦/١.

(٤) جاء في زاد المحتاج: ٧٧/١ (ولا يطهر نجس العين بغسل ولا باستحالة كالكلب إذا وقع

في ملاحة فصار ملحاً أو احترق فصار رماداً) الكافي: ٨٨/١.

(٥) قال ابن قدامة: (ولا تطهر الأرض النجسة بشمس ولا ريح، لأن النبي ﷺ أمر بغسل بول

الأعرابي). انظر: الكافي: ج١، ص ٦٠، وجاء في فتح القدير: ج١، ص ١٩٨: (وإذا

أصابت الأرض نجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها، وهو اللون والرائحة بالجفاف جازت

الصلاة على مكانها ... وقال زفر والشافعي: لا تجوز).

٢٤٣ - مسألة : إذا وقع بدن المصلي على موضع نجس لم تصح صلاته، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : إن كان موضع الركبتين واليدين جازت صلاته وإن كانت في موضع قدميه وهي أكثر من درهم لم تجز،^(١) وإن كان في موضع سجوده فيسجد على قدر الدرهم فما دونه أجزأه، وما زاد على ذلك فعلى روايتين. دليلنا: أنه موضع لو كان عليه نجاسة لم تصح صلاته كذلك إذا وضعه عليها كالقدمين.

٢٤٤ - مسألة : أنفحة^(٢) الميتة ولبنها نجس، وبه قال الشافعي،^(٣) وفيه رواية أخرى : أنه طاهر، وبه قال أبو حنيفة^(٤) وجه الأولى : أنه مائع من غير جنس الماء لاقى نجاسة أشبه إذا حلب في إناء نجس.

٢٤٥ - مسألة : يجوز للجنب الاجتياز في المسجد ، وبه قال الشافعي^(٥) وداود، إلا أن داود قال : والجلوس. وقال أكثرهم : يمنع الأمرين.^(٦) دليلنا: قوله

(١) كشف القناع : ٢٨٩/١ وما بعدها.

(٢) الأنفحة: ما يستخرج من بطن الجدي الصغير قبل أن يطعم غير اللبن، فيعصر في صوفة مبتلة في اللبن فيغلظ كالجب. انظر: مختار الصحاح، مادة (نفع)، ص ٥٩٠.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء : ٥٢/١ : (إذا كانت الأنفحة صلبة فليست بنجاسة بلا خلاف بين أصحابنا. وأما الأنفحة المائعة واللبن فكذلك عند أبي حنيفة، وعندنا نجس. وقال الشافعي: الكل نجس.

(٤) عند أبي حنيفة: لبن ميتة مأكول اللحم طاهر لقوله تعالى: ﴿وإن لكم في الأنعام لعبرة نسقيكم مما في بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً صائفاً للشاربين﴾. فوصف اللبن مطلقاً بالخلوص والسيوغ مع خروجه من بين فرث ودم، فهذا آية الطهارة. وكما أن الآية خرجت مخرج الامتنان والمنة في موضع النعمة تدل على الطهارة، ولفعل الصحابة رضي الله عنهم لما دخلوا المدائن. انظر: بدائع الصنائع : ٦٣/١.

(٥) جاء في المهذب : ٦٣/١ : (ويحرم على الجنب اللبث في المسجد، ولا يحرم عليه العبور لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنباً إلا عابري سبيل﴾. النساء: ٤٣.

(٦) جاء في تحفة الفقهاء : ٣٢/١ : (وأما الجنب فلا يباح له دخول المسجد، وإن احتاج يقيم ويدخل). انظر: بدائع الصنائع : ١٦٥/١، والهداية وشرح فتح القدير : ٦٥/١، والمبسوط : ١١٨/١، والوجيز : ١٨/١، والام : ٥٤/١، والمجموع : ١٧٣/٢، والروض المربع : ص ٤٣.

تعالى: ﴿ولا جنباً إلا عابري سبيل﴾ الآية^(١). ومعناه مواضع الصلاة إلى لهدمت صوامع وبيع وصلوات، وفيه دلالة على الجميع لأنه منع وأباح شيئاً مخصوصاً، ولأنه مكلف أمن تلويث المسجد من غير تنجيس أشبهه غير الجنب، وإذا أصابه الجنابة في المسجد.

٢٤٦- مسألة: إذا توضأ الجنب جاز له اللبث في المسجد خلافاً لأكثرهم^(٢).
دليلنا: ما روي عن زيد بن أسلم قال: كان أصحاب رسول الله ﷺ يتحدثون في المسجد وهم على غير وضوء، وكان الرجل منهم يكون جنباً فيتوضأ ثم يدخل المسجد فيتحدث^(٣)، ولأنه وجد منه أحد الطهارتين أشبه الكبرى.

٢٤٧- مسألة: لا يجوز للمشرك أن يدخل المسجد الحرام ولا الحرم، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: قوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام﴾ الآية^(٥) وقوله ﷺ: «لا ينبغي لمسلم أن يؤدي الخراج، ولا لمشرك أن يدخل المسجد الحرام»^(٦).

فصل: وفي بقية المساجد روايتان، أحدهما: المنع، وبه قال مالك. والثانية: الجواز، وبه قال أكثرهم وجه الأولى: نهيه ﷺ «أن يدخل المجوس المساجد»،

(١) سورة النساء: الآية: ٤٣.
(٢) الروض المربع: ص ٤٣، والمهذب: ٦٤/١، وجاء في الكافي: ٥٩/١: (قال بعض أصحابنا: إذا توضأ الجنب حل له اللبث في المسجد، لأن الصحابة رضي الله عنهم كان أحدهم إذا أراد أن يتحدث في المسجد وهو جنب توضأ ثم دخل فجلس فيه).
(٣) ذكر المغني: ٢٠١/١ أنه رواه ابن المنذر، ولم أقف على تخريجه.
(٤) الأم: ٥٤/١، الإشراف على مسائل الخلاف: ١٠٥/١.
(٥) سورة التوبة: الآية: ٢٨.
(٦) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الخراج والفى: ١٥١/٢، وابن ماجه في كتاب الزكاة: ٥٨٦/١.

رواه ابن شاهين بإسناده، ولأنه مذهب عمر وعلي وأبي موسى الأشعري، ولأنه لما منع الجنب والحائض من المساجد مع كونهما يعتقدان تعظيمها، فهؤلاء أولى بالمنع.

٢٤٨ - مسألة: يجوز قضاء الفوائت في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها،^(١) وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال أبو حنيفة: يجوز بعد الفجر والعصر خاصة.^(٣) دليلنا: أنها صلاة مفروضة فجاز فعلها عند الغروب كعصر يومه.

٢٤٩ - مسألة: إذا نذر صلاة مطلقة أو عينها بوقت وفات جاز فعلها في الأوقات الخمسة المنهي عن الصلاة فيها، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة، ويتخرج عن أحمد نحوه بناء على أيام التشريق هل يصام فيها النذر. دليلنا: أنها صلاة واجبة أشبهت الجنازة والفوائت، بل هذه أوكد، لأنها لا تسقط بفعل غيره، والجنازة بخلاف فيه.

٢٥٠ - مسألة: لا يجوز فعل النوافل في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها^(٥) إذا

(١) الأوقات المنهي عن الصلاة التي لا سبب لها هي بعد الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد طلوعها حتى ترتفع قدر رمح، وعند قيامها حتى تزول... وبعد العصر حتى تتضيف الشمس للغروب، وإذا تضيفت حتى تغرب. انظر: القدوري: ص ١٢.

(٢) جاء في الكافي: ١٢٤/١: (ويجوز قضاء المكتوبات في وقت النهي لقول النبي ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»). أخرجه أبو يعلى في مسنده: ٤٠٩/٥.

(٣) تحفة الفقهاء: ١٨٧/١، ومختصر الطحاوي: ص ٢٤، والمبسوط: ١٥٠/١، والمجموع: ٧٧/٤، والأم: ١٤٧/١، والقدوري: ص ١٢ وقال: لا بأس بأن يصلي بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد صلاة العصر حتى تغرب.

(٤) جاء في روضة الطالبين: ١٩٣/١: (ويجوز قضاء الفرائض الفائتة في جميع أوقات النهي وغيرها).

(٥) لقد اختلف الفقهاء في الصلاة التي لا تجوز في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها.. ونستطيع حصر هذه الأقوال على النحو التالي:

(أ) ذهب الحنفية إلى أن الصلاة مطلقاً لا تجوز في هذه الأوقات سواء كانت فريضة مقضية،

لم يكن لها سبب ، وإن كان لها سبب فعلى روايتين ، أحدهما : المنع ، وبه قال أكثرهم ، والثانية : الجواز ، وبه قال الشافعي وجه الأولى : قول عقبة ابن عامر : نهانا رسول الله ﷺ « أن نصلي في ثلاث ساعات وأن نقبر فيهن موتانا عند طلوع الشمس ، وعند الزوال ، وعند الغروب » ،^(١) ولأن الصلاة التي لها سبب أحد نوعي النافلة فجاز أن يمنع منها في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها ، كالتى لا سبب لها ، ولا يلزم ركعتين الطواف وإعادة الصلاة في جماعة ، لأنه بعض النوع.

فصل : ولا فرق بين مسجد مكة وبين غيره من المساجد في المنع ،^(٢) وبه قال أبو حنيفة ، إلا أننا نحن نستثني ركعتي الطواف ، وقال الشافعي ، المنع لم يتناول مسجد مكة . دليلنا : عموم الأخبار ، ولأن المنع لأجل الزمان أحد نوعي المنع فاستوى فيه مكة وغيرها كالمنع لعدم الشرائط من ستارة وطهارة ونحوها ، ونخص أبا حنيفة بما روى عن النبي ﷺ : « أنه نهى عن الصلاة في ثلاث أوقات ثم قال : إلا عند هذا البيت يطوفون ويصلون » .^(٣)

أو سنة ، أو نافلة إلا عصر يومه ، قالوا : يجوز أن يقضيه عند غروب الشمس إذا نسيه .
(ب) وذهب المالكية والشافعية إلى أنه : (يقضي الصلوات المفروضة في هذه الأوقات بالاتفاق .. ثم ذهب الشافعي إلى أن الصلوات التي لا تجوز في هذه الأوقات هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب ، وإن السنن مثل صلاة الجنائز تجوز في هذه الأوقات ، ووافقه الإمام مالك في ذلك بعد العصر وبعد المغرب) . انظر : بداية المجتهد : ١٥٢/١ ، وجاء في المغني أن النافلة لا تصلى في أوقات النهي .

- (١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير عن عقبة بن عامر الجهني ج ١٧ حديث رقم (٧٩٧) .
- (٢) جاء في كشف القناع : ٤٥٣/١ : (ومكة كغيرها في أوقات النهي لعموم الأدلة) .
- (٣) ونص الحديث : « لا تمنعوا أحداً طاف بهذا البيت وصلى في أي ساعة شاء من ليل أو نهار » . انظر : عارضة الأحوذى : ٩٨/٤ - ٩٩ ، وأبو داود في سننه : ٤٣٧/١ .

- ٢٥١- مسألة: لا يجوز التنفل^(١) وقت الزوال في جميع الأيام،^(٢) وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز إلا في يوم الجمعة^(٣) خاصة. دليلنا: أنه وقت نهى عن الصلاة فيه في غير يوم الجمعة، فنهى في يوم الجمعة، دليله عند الغروب.
- ٢٥٢- مسألة: إذا طلعت الشمس وهو في صلاة الفجر لم تبطل، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ أنه قال: «من صلى من الصبح ركعة ثم طلعت الشمس فليصل إليها أخرى»،^(٥) ولأنها صلاة فات وقتها بمعنى حدث بالشمس أشبه العصر إذا خرج وقتها.

- ٢٥٣- مسألة: السنن الراتبة مع الفرائض إذا فاتت فإنها تقضى بكل حال، وقال مالك: لا تقضى بكل حال، وعن الشافعي كالمذهبيين،^(٦) وقال أبو حنيفة: تقضى إذا فاتت مع الفرائض. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «من لم يصل ركعتي الفجر حتى تطلع الشمس فليصلهما»،^(٧) ولأن كل صلاة تقضى إذا فاتت مع غيرها، [فتقضى]^(٨) إذا فاتت منفردة كالوتر.

(١) التنفل لغة: الزيادة. واصطلاحاً: ما عدا الفرائض .. سمي بذلك لأنه زائد على ما فرضه الله تعالى. انظر: مغني المحتاج: ٢١٩/١.

(٢) لا يجوز التطوع بالنافلة المطلقة في شيء من الأوقات. انظر: الممتع: ٥٣٧/١.

(٣) الأم: ١٤٧/١.

(٤) جاء في المذهب: ١٠٤/١: (فإن صلى ركعة في الوقت، ثم خرج الوقت ففيه وجهان، أحدهما: وهو ظاهر المذهب، وهو قول أبي علي بن خيران أنه يكون مؤدياً للجميع لقول الرسول ﷺ: «من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدركها».)

(٥) رواه أحمد في مسنده: ٥٢١/٢.

(٦) جاء في الممتع شرح المقنع: ٥١٩/١ (وأما كون من فاتته شيء من السنن المذكورة يسن له قضاؤه، لأن النبي ﷺ فاتته سنة الظهر فقضاها) الأم: ١٤٥/١، والمغني مع الشرح الكبير: ٧٥٧/١.

(٧) سنن الدارقطني: ٣٨٢/١.

(٨) في نسخة (أ) تقضى.

٢٥٤ - مسألة: إذا أدرك الناس في صلاة الصبح، ولم يكن صلى ركعتي الفجر^(١) فإنه يتشاغل بالفرض،^(٢) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن رجا أن يدرك مع الإمام ركعة من صلاة الفريضة صلى ركعة الفجر. دليلنا: قوله ﷺ: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا التي أقيمت»،^(٣) وروي: «إلا المكتوبة»، ولأنه أدركهم في المكتوبة فأشبهه إذا خاف فوات الركعتين.

٢٥٥ - مسألة: الأفضل في النوافل أن يسلم من كل ركعتين^(٤) سواء في ذلك صلاة الليل أو النهار، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: في صلاة الليل إن شاء سلم من ثنتين، أو أربعاً، أو ستاً، أو ثمانية، ولا يزيد على ذلك،^(٥) وفي النهار من ثنتين، أو أربعاً، ولا يزيد على ذلك.^(٥) دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «صلاة الليل والنهار مثنى مثنى»،^(٦) ولأنها صلاة تطوع مشفوعة فالأفضل أن لا تزيد على ركعتين كركعتي الفجر وتحية المسجد وصلاة التراويح.

(١) جاء في كشف القناع: ٤٥٩/١: (إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة، فلا يشرع نفل مطلق، ولا راتبة من سنة فجر أو غيرها).

(٢) انظر: مواهب الجليل: ٢٥٤/١، (سألنا مالكا عن الرجل يدخل المسجد بعد طلوع الفجر ولم يركع ركعتي الفجر فتقام الصلاة أيركعهما؟.. قال: لا).

(٣) رواه أحمد في مسنده: ٣٥٢/٢.

(٤) قال ابن قدامة: (وصلاة التطوع مثنى مثنى يعني يسلم من كل ركعتين). انظر: المغني: ٥٣٧/٢.

(٥) قال أبو حنيفة: نوافل النهار: إن شاء صلى ركعتين بتسليمة، وإن شاء أربعاً وتكره الزيادة على ذلك. ونوافل الليل: فقال: إن صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز، وتكره الزيادة، وهذا لا خلاف بينهم في إباحته. انظر: فتح القدير: ٤٤٥/١ وما بعدها.

(٦) عون المعبود: ٢٩٦/١، وأخرجه الطبراني في معجمه الكبير عن ابن عمر: جـ ١٢ حديث رقم ١٣١٨٤.

٢٥٦ - مسألة: الوتر سنة مؤكدة،^(١) وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال أبو حنيفة: هي واجبة.^(٣) دليلنا: ما روى ابن عمر «أن النبي ﷺ أوتر على البعير»،^(٤) وفي لفظ آخر: «كان يوتر على البعير»،^(٥) وعندهم لا يجوز لأنه واجب، وروى ابن المنذر بإسناده عن أبي أيوب الأنصاري أن النبي ﷺ قال: «الوتر حق وليس بواجب فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل»،^(٦) وفي لفظ آخر: «ثلاث هن عليّ فرض ولكم تطوع: الوتر والتشهد وركعتي الفجر»،^(٧) ولأن الوتر أحد نوعي الصلاة الراكبة فكان منها تطوع كالشفع.

٢٥٧ - مسألة: أقل الوتر ركعة وأفضله ثلاث^(٨) يفصل بينهما بسلام فإن أوتر بأكثر من ذلك من أربع أو ست أو سبع أو نحو ذلك لم يجلس إلا في الأخيرة ثم يجلس ويسلم ويوتر بواحدة، وقال أبو حنيفة: الوتر ثلاث لا يسلم إلا في الآخرة ولا يزيد ولا ينقص، وقال مالك: الوتر بثلاث يسلم في الركعتين، وقال

(١) قال ابن قدامة: الوتر سنة مؤكدة، لمداومة النبي ﷺ في حضره وسفره، وروى أبو أيوب أن النبي ﷺ قال: «الوتر حق، فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل، ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل، ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل». رواه أبو داود، وحكي عن أبي بكر أنه واجب، والصحيح أنه ليس بواجب. الكافي: ١٤٩/١.

(٢) جاء في الشرح الكبير للدردير: ٣١٧/١: (الوتر سنة أكد السنن). وانظر: المذهب: ١٩٧، ٢٧٨/١، ومواهب الجليل: ٢٥٠/١، والمجموع: ٢٥/٤.

(٣) جاء في شرح العناية على الهداية: ٤٢٣/١: (الوتر واجب عند أبي حنيفة. قيل ليس في الوتر رواية منصوص عليها في الظاهر).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: ٧/٢.

(٥) سنن النسائي: ٢٣٢/٣ حديث رقم (١٦٨٨).

(٦) سنن الدارقطني: ٢٢/٢.

(٧) رواه أبو داود بإسناد صحيح: ٣٢٨/١، وقال الحاكم: حديث صحيح علي شرط الشيخين، ٣٠٢/١.

(٨) الفروع لابن مفلح: ٥٣٧/١ قال ابن قدامة: (والوتر ركعة نص على هذا الإمام أحمد). انظر: المغني: ٧٨٢/١، المذهب: ٢٧٩/١، ولأم: ١٤١/١.

الشافعي: اختار الوتر بأحد عشر ركعة يسلم من كل ركعتين ثم يوتر بواحدة^(١)، فالدلالة على جواز الاختصار على واحدة ما تقدم من قوله : «فأوتر بواحدة»، ولأنها تقع بين جلستين وتزيد به في المغرب فكانت صلاة بانفرادها كالركعتين.

٢٥٨ - مسألة: القنوت مشروع في الوتر في جميع السنة،^(٢) وبه قال أبو حنيفة،^(٣) وقال أكثرهم : يقنت في النصف الأخير من رمضان،^(٤) وقد روى عن أحمد، إلا أنه قال : كنت أقول به. دليلنا: أنه ذكر مسنون في النصف الأخير فكان مسنوناً في النصف الأول كسائر الأذكار.

٢٥٩ - مسألة: الأفضل أن يقنت بعد الركوع ، وبه قال الشافعي،^(٥) وقال أكثرهم قبل الركوع.^(٦) دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «كان يقنت بعد الركوع»^(٧) وعن أبي بكر وعمر وعثمان مثل ذلك، ولأن القراءة المشروعة لا يستحب قطعها إلا بفعل مفروض وعلى قولهم يقطعها بتكبير غير واجبة ثم يقنت ، ونحن نقطعها بركوع ثم نقنت.

٢٦٠ - مسألة: المستحب أن يقرأ في الشفع ب «سُبْح»^(٨) و «قل يا أيها

(١) المغني: ٧٨٤/١ ، والأم: ١٤١/١ ، والممتع: ٥١٤/١ .

(٢) قال ابن قدامة: (وأما القنوت فيه فمسنون في جميع السنة، وعنه: لا يقنت إلا في النصف الأخير من رمضان، لأن أياً كان يفعل ذلك حين يصلي التراويح، وعن أحمد ما يدل على رجوعه). انظر: الكافي: ج١ ، ص ١٥١ وما بعدها.

(٣) جاء في الهداية شرح بداية المبتدى: ٤٣٠/١ : (ويقنت في جميع السنة خلافاً للشافعي).

(٤) جاء في حلية العلماء: ٢٠١/١ : (والسنة أن يقنت في النصف الأخير من شهر رمضان في الوتر، وبه قال مالك، وعنه رواية أخرى: أنه لا يسن في رمضان أيضاً).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٢٠/١ : (ومحله بعد الركوع... ومن أصحابنا من قال: محله في الوتر قبل الركوع بخلاف الصبح، والمذهب الأول).

(٦) قال صاحب الممتع: ٥١٢/١ (ويقنت فيها بعد الركوع).

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه: ٤٦٧/١ .

(٨) الممتع: ٥١٣/١ ، والمجموع: ٢٣/٤ .

الكافرون ، وفي الوتر بالإخلاص، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم : يضم إلى الإخلاص المعوذتين . دليلنا: ما احتج به أحمد أن النبي ﷺ كان يقرأ بما ذكرنا،^(١) ولأنها أحد ركعات الوتر فلا يقرأ بعد الفاتحة إلا سورة واحدة كالأولتين.

٢٦١- مسألة: يستحب أن يرفع يديه في دعاء القنوت^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن ابن مسعود أنه كان يفعل،^(٣) ولأنه دعاء مسنون في حال القيام أشبه دعاء عرفات والمقام بين الجمرتين.

٢٦٢- مسألة: إذا صلى خلف من يقنت في الفجر تابعه في الدعاء،^(٤) وقال أبو حنيفة : يسكت ولا يتابعه،^(٥) والمتابعة عندنا التأمين، وأصحاب الشافعي يقولون : ما كان ثناء على الله شاركه فيه، وما كان دعاء يؤمن عليه. دليلنا: أن هذا مما يتابع عليه الإمام ويزيد به في الوتر وهو مما يسوغ فيه الإجتihad فتابعه فيه كتكبير العيدين، وكما قلنا نحن في صلاة الجنازة.

٢٦٣- مسألة: صلاة الجماعة واجبة على الأعيان،^(٦) وبه قال داود، إلا أنه

(١) رواه أحمد في مسنده: ٤٠٧/٣ .

(٢) المجموع: ٧٨٧/٤، المغني: ٧٨٧/١ .

(٣) مسند ابن الجعد: ص ٣٣٢، حديث رقم (٢٢٧٧) .

(٤) قال البهوتي: (فإن ائتم بمن يقنت في الفجر، أو في النافلة تابعه للحديث: إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه، وأمن المأموم إن كان يسمع القنوت، وإن لم يسمع القنوت دعا). انظر: كشاف القناع: ٤٢١/١ .

(٥) جاء في فتح القدير: ٤٣٥/١: (فإن قنت الإمام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف -رحمه الله-: يتابعه لأنه تبع لإمامه) .

(٦) قال ابن قدامة: (الجماعة واجبة للصلوات الخمس). انظر: المغني: ٣/٢، وقال الشيرازي: اختلف أصحابنا في الجماعة، فقال أبو العباس وأبو إسحاق: (هي فرض على الكفاية). ومن أصحابنا من قال: (هي سنة) انظر: المذهب: ٣٠٩/١، المجموع: ٨٠٦/٤، مواهب الجليل: ٢٥٥/١، وجاء في الدسوقي على الشرح الكبير: ٣١٠/١ (سنة مؤكدة، وقال الإمام أحمد، وأبي ثور، وداود الظاهري، وجماعة من المجتهدين بوجوبها فتحرم صلاة الشخص منفرداً عندهم ..)، فتح القدير: ٣٤٤/١ .

يجعلها شرطاً، ولا نص عن أصحابنا في كونها شرطاً، وقال أكثرهم : ليست واجبة. دليلنا: ما روى عبد الله بن شداد أن النبي ﷺ «استبطن الناس ذات ليلة في صلاة العشاء فقال : لقد هممت أن أمر بالصلاة فتقام ثم أتى قوماً في بيوتهم لم يشهدوا الصلاة فأحرقها عليهم»،^(١) ولأنها صلاة مفروضة فكانت الجماعة فيها واجبة كالجمعة.

٢٦٤ - مسألة: لا بأس بحضور العجوز الجماعة،^(٢) وقال أبو حنيفة : يكره إلا الفجر والعشاء والعيد،^(٣) ووافقنا أصحابه. دليلنا: أنه لا يخاف منها الإفتتان فهي كالرجل، وكالخرج للفجر والعشاء والعيد.

٢٦٥ - مسألة: يستحب للنساء إذا اجتمعن أن يصلين فروضهن في جماعة،^(٤) وبه قال الشافعي خلافاً لإحدى الروایتين، ولأكثرهم. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن أسماء بنت يزيد قالت : سمعت النبي ﷺ يقول : «ليس على النساء أذان ولا إقامة، وتصلين معهن في الصف ولا تقدمهن»،^(٥) ولأنها من أهل فرض الصلاة فهي كالرجل.

٢٦٦ - مسألة: المريض إذا لم يقدر [القعود]^(٦) فالمستحب أن يصلي على جنبه الأيمن ووجهه إلى القبلة^(٧) كما يوضع في اللحد، وإن صلى على ظهره ووجهه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢٣١/١، ومسلم في صحيحه: ٤٥١/١.

(٢) جاء في المذهب: ٣١٠/١ (وإن كانت عجز لا تشتهي لم يكره).

(٣) جاء في فتح القدير: ٣٦٥/١: (ولا بأس للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: يخرجن في الصلوات كلها، لأنه لا فتنة لقلّة الرغبة إليها فلا يكره كما في العيد).

(٤) المذهب: ٣١٠/١ قال ابن قدامة: (وبإباح لهن حضور الجماعة مع الرجال لأن النساء كن يصلين مع رسول الله ﷺ) انظر: المغني: ٣٦/٢.

(٥) سنن البيهقي الكبرى: ٤٠٨/١ حديث رقم (١٧٨٠).

(٦) في نسخة (أ) على القعد.

(٧) الكافي: ٢٠٥/١، جاء في شرح منتهى الإرادات: (فإن لم يستطع فمستلقياً، والجنب الأيمن أفضل).

ورجله إلى القبلة جاز،^(١) وقال أبو حنيفة : تجب الصفة الثانية من غير تخيير.^(٢) فالدلالة على أنه يستحب على جنب قوله ﷺ : «صل قائماً، فإن لم تطق فجالساً، فإن لم تطق فعلى جنب»،^(٣) ولأنها حالة يقصد فيها جهة القبلة أشبه حالة الدفن ، وإنما جعلنا له الخيار فيهما لأن فيهما استقبال للقبلة.

٢٦٧- مسألة : لا يأتّم القادر على القيام بالعاجز عنه^(٤) إلا مع إمام الحي إذا كان يرجى برؤه، وقال أكثرهم : يجوز على الإطلاق، وعن مالك رواية المنع على الإطلاق.^(٥) دليلنا : أن القيام ركن فجاز أن يمنع القادر عليه أن يأتّم بالعاجز عنه كالقراءة، ولأن أبا حنيفة قد قال : إن المومئ لا يأتّم القادر على القيام، وكذلك قال الشافعي: المربوط على خشبة لا يأتّم غير المربوط، كذلك هاهنا.

فصل : والدلالة على مالك في إحدى روايتيه قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «إنما جعل الإمام ليؤتم به إلى أن قال : وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعين»،^(٦) وفي حديث جابر عنه : «إذا صليت جالساً فصلوا جلوساً»،^(٧) ولأن الصلاة تفتقر إلى شرائط وأركان ثم عدم الشرائط قد لا يؤثر وهو المتيتم بالمتوضى ، كذلك الأركان.

(١) الكافي : ٢٠٦/١ ، وشرح منتهى الإرادات : ٢٧١/١ .

(٢) جاء في فتح القدير : ٤/٢ : (فإن لم يستطع القعود، يعني مستوياً ولا مستنداً، استلقى وجعل رجليه إلى القبلة وأومأ بالركوع والسجود لقوله ﷺ : «يصلّي المريض قائماً، فإن لم يستطع صلى مستلقياً رجلاه مما يلي القبلة»).

(٣) رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب ١٩٥ ، والترمذي في كتاب الصلاة، باب ١٥٧ ، وابن ماجه في كتاب الإقامة، باب ١٣٩ ، وأحمد في مسنده : ٤٢٦/٤ .

(٤) شرح منتهى الإرادات : ٢٥٨/١ ، وفتح القدير : ٣٦٨/١ حيث جاء فيه (ويصلّي القائم خلف القاعد خلافاً لمحمد وعكسه، وخلف مثله جائزاً اتفاقاً) المدونة : ٧٧/١ .

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٢٧/١ .

(٦) رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب ١٨ ، ومسلم في كتاب الصلاة، حديث رقم ٧٧ ، وأحمد في مسنده : ٢٣٠/٢ .

(٧) صحيح ابن خزيمة : ٣٧١/٢ .

فصل : فإن صلى بهم إمام الحي جالساً صلوا جلوساً، وقال أكثرهم : إن صلوا جلوساً بطلت صلاتهم.^(١) دليلنا ما تقدم من الخبر، ولأن من الأقوال ما يسقط بمتابعة الإمام وهي القراءة، كذلك الأفعال وليس إلا بالقيام.

٢٦٨ - مسألة : لا يجوز أن يأتى القادر على القيام بالمؤمى، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعي.^(٣) دليلنا: أنه أحرم بصلاة لا ركوع فيها ولا سجود فلا يأتى من في حقه ركوع وسجود كما لو أحرم بصلاة جنازة وكالمربوط.

٢٦٩ - مسألة : إذا صلى ركعة نائماً ثم برئ بنى على ما مضى،^(٤) وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة : في المشهور عنه يبتدىء. دليلنا: أن زوال العذر إذا لم يورث عملاً طويلاً لم يمنع البناء كما لو صلى جالساً ثم قدر على القيام، وعكسه المستحاضة إذا طهرت وإذا وجد الستارة على بعد.

٢٧٠ - مسألة : إذا وجد العريان الستارة على قرب منه لم تبطل صلاته، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٥) دليلنا: ما تقدم والقياس على الأمة إذا عتقت ووجدت ستارة حرة.

(١) شرح منتهى الإرادات: ٢٥٨/١، وفتح القدير: ٣٧٠/١ قال ابن قدامة: (والعاجز عن القيام يؤم القادر بشرطين أحدهما أن يكون إمام الحي، والثاني: أن يرجى زوال مرضه ويصلون خلفه جلوساً، فإن صلوا قياماً ففيه وجهان: لا يصح، والثاني يصح). الكافي: ١٨٤/١.

(٢) فتح القدير: ٣٧١/١، والدسوقي على الشرح الكبير: ٣٢٩/١.

(٣) جاء في حلية العلماء: ٢٣٠/١: (وتصح صلاة القائم خلف القاعد، وبه قال أبو حنيفة، وإحدى الروايتين عن مالك، وعن مالك رواية ثانية: أنه لا تصح صلاة القائم خلف القاعد، وهو قول محمد بن الحسن، وقال أحمد والأوزاعي: (يصلون خلفه قعوداً). ويجوز للراعي والساجد أن يأتى بالمؤمى .. وقال أبو حنيفة وأصحابه ومالك: لا يجوز أن يكون المؤمى إماماً للراعي والساجد).

(٤) جاء في الممتع: ٥٩٣/١: (أما كون المصلي قاعداً لمرض ينتقل إلى القيام إذا قدر عليه في أثناء صلاته، فلأن المبيح العجز وقد زال ...). انظر: المذهب: ١٩٣/١.

(٥) جاء في كشف القناع: ٢٧٢/١: (وإن وجد العاري ستره مباحة قريبة منه عرفاً أي في مكان يعد العرف أنه قريب في أثناء الصلاة ستر ما يجب ستره وجوباً وبني على ما صلاه عرياناً)، الأم: ٦/١، والمجموع مع المذهب: ١٨٨/٣، والهداية: ٤٤/١، وفتح القدير: ٢٦٤/١.

٢٧١ - مسألة: من لا يقدر على الركوع والسجود ، ويقدر على القيام ، لا يسقط عنه القيام ، وبه قال أكثرهم،^(١) وقال أبو حنيفة : إن صلى جالساً جاز. دليلنا: الحديث : «صل قائماً فإن لم تطق فجالساً»^(٢) ولأنه ركن فلا يسقط بعجزه عن غيره كالقراءة.

٢٧٢ - مسألة: إذا عجز عن الإيماء برأسه أو مأ بعينه وحاجبيه أو قلبه، ولا تسقط عنه الصلاة، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: ما رواه الساجي في كتاب الخلاف أن النبي ﷺ قال : «صل قائماً.. إلى أن قال : مستلقياً يومئ بطرفه»^(٤) ولأنه قادر على الصلاة أشبه المؤمئ برأسه.

٢٧٣ - مسألة: إذا كان بعينه رمد وقال الأطباء إن صليت مستلقياً رجونا برؤك جاز له الصلاة مستلقياً^(٥) خلافاً للشافعي.^(٦) دليلنا: أنه فرض من فرائض الصلاة فجاز تركه لخوف الضرر كاستقبال القبلة ، ولأنه يجوز له الفطر فكذلك هاهنا.

٢٧٤ - مسألة: إذا كانت السفينة سائرة لم يسقط عن المصلي القيام ، وبه قال

(١) جاء في كشف القناع: ٣٨٥/١: (حد القيام ما لم يصير راعياً وركنه الانتصاب بقدر تكبيرة الإحرام وقراءة الفاتحة في الركعة الأولى وفيما بعدها بقدر قراءة الفاتحة فقط). وانظر: حاشية الدسوقي: ٢٣١/١، ومغني المحتاج: ١٥٣/١.

(٢) سبق تخريجه في المسألة (٢٦٦).

(٣) كشف القناع: ج١، ص ٤٩٨ وما بعدها.

(٤) سبق تخريجه في المسألة (٢٢٦).

(٥) كشف القناع: ج١، ص ٤٩٨ وما بعدها.

(٦) جاء في المذهب: ١٩١/١: (وإن كان بعينه وجع وهو قادر على القيام فقليل له: إن صليت مستلقياً أمكن مداواتك، فقيه وجهان).

أحدهما: لا يجوز له ترك القيام، لما روي أن ابن عباس لما وقع في عينه ماء حمل إليه عبد الملك أطباء على البرد، فقليل له: إنك تمكث سبعة أيام لا تصلي إلا مستلقياً، فسأل عائشة وأم سلمة رضي الله عنهما فنهاتاه.

والثاني: يجزيه، لأنه يخاف الضرر من القيام فأشبهه المريض).

أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. ^(١) دليلنا: قوله ﷺ لجعفر بن أبي طالب وقد سأله :
يا رسول الله كيف أصلي في السفينة ؟ فقال : « قائماً إلا أن تخاف الغرق ». ^(٢)
ذكره الساجي والدارقطني، ولأنه من أفعال الصلاة فلا يسقط بالسفينة كبقية
أفعال الصلاة.

٢٧٥ - مسألة : لا يصح اقتداء المفترض بالمتنفل، ^(٣) وكذلك من يصلي الظهر
بمن يصلي العصر، ^(٤) وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروایتين، وللشافعي. ^(٥)
دليلنا: قوله : « لا تختلفوا على أئمتكم »، ^(٦) ولأن صلاته لا تصح بنية إمامه، فلا
يأتم به كالذي يصلي الجمعة خلف من يصلي ظهراً.

٢٧٦ - مسألة : لا تصح إمامة الصبي في الفرض رواية واحدة، ^(٧) وفي النفل

(١) انظر: مختصر الطحاوي: ص ٣٤، وتحفة الفقهاء: ٢٦٦/١، والمبسوط: ٢/٢،
والمجموع: ٢٢٤/٣، والأم: ٨/١، وكشاف القناع: ٥٠٢/١، والممتع: ٥٩٤/١.

(٢) سنن الدارقطني: ٣٩٤/١.

(٣) قال البهوتي: (لا يصح أن يأتى مفترض بمتنفل لقوله ﷺ : «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا
تختلفوا عليه»)، وقال الشيخ خليل: (ولا يصح فرض خلف نفل) الدسوقي: ٣٢٢/١.

(٤) في الحقيقة أن مذهب الإمام أحمد وردت فيه روايتان، أحدهما: يصح اقتداء المفترض
بالمتنفل، وكذلك من يصلي الظهر بمن يصلي العصر، ومن يؤدي الصلاة بمن يقضيها،
فقد جاء في الممتع: ٥٧٠/١: أما كون ائتمام من يؤدي الصلاة بمن يقضيها تصح، فلأن
الاختلاف ليس في النية ولا في التعيين، ولكن في الوقت، وذلك لا تتوقف صحة الصلاة
عليه ... وأما كون ائتمام من يصلي الظهر بمن يصلي العصر فلأن الاختلاف في الصفة
كالاختلاف في الموضوع.

(٥) جاء في المذهب: ١٨٥/١: (ومن أصحابنا من قال: تجوز كما يجوز أن يصلي الظهر خلف
من يصلي العصر).

(٦) قال ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه، وإذا كبر فكبروا ...». رواه أحمد في
مسنده: ٣١٤/٢.

ثانيهما: لا يصح اقتداء من ذكروا. انظر الكافي: ١٨٥/١.

(٧) كشاف القناع: ٤٧٩/١، وفتح القدير: ٣٥٨/١، والمبسوط: ١٨٠/١، والمذهب:

١٠٤/١، والوجيز: ٥٦/١، والشرح الكبير للدردير: ٣٢٢/١.

روايتان، أحدهما: الصحة، وبه قال مالك، والثانية: المنع،^(١) وبه قال أصحاب أبي حنيفة، وقال أصحاب الشافعي: يصح فيهما ويحتمل أن يتخرج في إمامته في الفرائض رواية بناءً على صلاة المفترض خلف المتنفل. دليلنا: على أنه لا يجوز في الفرض قوله ﷺ: «لا تقدموا صبيانكم في صلاتكم ولا على جنائزكم فإنهم وفودكم إلى الله»،^(٢) ولأنه نقص يؤثر في الشهادة فآثر في الإمامة كالرق والأنوثة، ويؤكد هذا أن ذلك لا يمنع التكليف. والدلالة على الصحة في النافلة ما تقدم من أنه مأمور بها، مضروب على تركها، وتصح طهارته، وله موقف في الصف أشبه البالغ.

٢٧٧- مسألة: إذا صلى الأمي بالأمي والقارئ بطلت صلاة القارئ، ذكره الخرقى،^(٣) وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: تبطل صلاة الجميع،^(٤) وقال الشافعي: صلاة الأمي صحيحة، وفي القارئ قولان: الجديد البطلان^(٥) فالدلالة على بطلان صلاة القارئ قوله ﷺ: «يؤم القوم أقرأهم»،^(٦) ولأنه

رؤوس المسائل في الخلاف

- (١) لقد حدث خلاف بين الفقهاء في إمامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم إن كان قارئاً، فأجاز ذلك قوم لعموم هذا الأثر، ولحديث عمرو بن سلمة: أنه كان يؤم قومه وهو صبي. ومنع ذلك قوم مطلقاً سواء أكان فرضاً أم نفلاً، وأجازه قوم في النفل ولم يجيزوه في الفريضة وهو مروى عن مالك). انظر: بداية المجتهد: ٢٠٧/١.
- (٢) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال: ٥٨٨/٧ وعزاه إلى الديلمي عن علي.
- (٣) جاء في الكافي: ١٨٣/١: (إن أم أميين وقارئاً صححت صلاة الأميين، وفسدت صلاة القارئ).
- (٤) جاء في فتح القدير: ٣٧٥/١: (وإن صلى أمي بقوم يقرءون ويقوم أميين، فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة).
- (٥) جاء في حلية العلماء: ٢٣٠/١: (وفي صلاة القارئ خلف الأمي قولان: أحدهما: وهو اختيار المزني، تصح. والثاني: وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد، أنها لا تجوز، وقيل: أنه إن كان في صلاة يجهر فيها بالقراءة لم يجز وفي السرية يجوز. انظر: الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٢٨/١، والأصل: ١٨٥/١، والأم: ١٦٨/١).
- (٦) أخرجه مسلم في صحيحه: (٦٧٢) ٤٦٤/١، كتاب المساجد، باب من أحق بالإمامة.

يتحمل القراءة إذا أدركه راعياً بلا خلاف ، فإذا كان أمياً فليس من أهل التحمل فارق الطهارة ، لأنه لا يدخلها التحمل..

فصل : والدلالة على أن الأمي لا تبطل صلاته أن من صحت صلاته منفرداً إذا أمّ من لا يجوز أن يؤمه لا تبطل صلاته كالمرأة إذا صلت [بالرجل]،^(١) ولأنه لو بطلت صلاته إذا علم أن معه قارئ لبطلت، وإن لم يعلم كالقارئ إذا ترك القراءة، فإن صلاته تبطل إذا كان أو ناسياً أنه يحسن.

٢٧٨ - مسألة : إذا أحس الإمام بداخل استحسب له الإنتظار^(٢) ما لم يشق على المأمومين، وبه قال الشافعي في أحد قوليه^(٣) خلافاً لأكثرهم : أنه يكره. دليلنا: أنه انتظار على المأمومين أشبه الانتظار في صلاة الخوف.

٢٧٩ - مسألة : إذا صلى الكافر حكم بإسلامه، وقال أبو حنيفة : إن صلى جماعة أو في مسجد الجماعة حكم بإسلامه، وقال الشافعي،^(٤) وداود: لا يحكم بإسلامه.^(٥) فالدلالة عليهم قوله ﷺ: «من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا فهو المسلم له ذمة الله وذمة رسوله»،^(٦) ذكره البخاري، ولأنه فعل ما يختص دين

(١) في نسخة (أ) بالرجال .

(٢) الكافي: ١٧٩/١ .

(٣) جاء في المذهب: ١٨١/١ : (وإن أحس بداخل وهو راعٍ ففيه قولان: أحدهما: يكره أن ينتظر، لأن فيه تشريكاً بين الله عز وجل وبين الخلق في العبادة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَشْرِكْ بِعِبَادَةِ أَحَدٍ﴾ .

والثاني: يستحب أن ينتظر، وهو الأصح، لأنه انتظار ليدرك به الغير ركعة، فلم يكره كالانتظار في صلاة الخوف.

(٤) جاء في المذهب: ١٨٣/١ : (ولا تصح إمامة الكافر، لأنه ليس من أهل الصلاة، فلا يجوز أن يعلق صلاته على صلاته، فإن تقدم وصلى يقوم لم يكن ذلك إسلاماً منه، لأنها من فروع الإيمان، فلا يصير بفعالها مسلماً...) .

(٥) تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين: ٣٥٣/١، والمجموع: ١٥٢/٤، والكافي: ١٨٢/١ .

(٦) أخرجه البخاري: ١٥٣/١، والنسائي في سننه: ١٠٥/٨، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣/٢ .

الإسلام أشبه إذا لفظ بالشهادتين، وإذا كان في دار الحرب على الشافعي، أو في جماعة أو مساجد الجماعة على أبي حنيفة.

٢٨٠ - مسألة: لا تصح إمامة الفاسق،^(١) وبه قال مالك خلافاً لأحد الروائيتين وأكثرهم.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ: «لا تقدموا صبيانكم ولا سفهائكم في صلاتكم»،^(٣) وقوله ﷺ: «لا يؤمن فاجر براً»،^(٤) ولأنه فاسق في دينه فأشبهه الكافر.

٢٨١ - مسألة: القارئ أولى بالإمامة من الفقيه، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم في قولهم الفقيه مقدم،^(٥) والمسألة على أن كل واحد منهما يعرف مايلزمه في صلاته من الفقه والقراءة. دليلنا: قوله ﷺ: «يؤم القوم أقرأهم لكتاب الله فإن كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بسنته»،^(٦) ولأنه إجماع الصحابة وذلك أنهم قدموا سالم مولى أبي حذيفة في مسجد قباء وفيهم أبو بكر وعمر، والمهاجرون الأولون، وأيضاً فإن كل واحد منهما عرف مايلزمه من أمر صلاته وانفرد القارئ بفضل قراءته وهي المقصودة في الصلاة، وانفرد الفقيه بمعرفة أحكام المكلفين من طلاق وظهار وغير ذلك وهو مما لا يتعلق بالصلاة، فكان ما يتعلق بالصلاة أولى.^(٧)

(١) جاء في حلية العلماء: ٢٢٧/١: (وتصح إمامة الفاسق وإن كرهت، وعند أحمد روايتين). انظر: الممتع: ٥٥٩/١، وجاء في فتح القدير: ٣٥٠/١: (لا ينبغي أن يقتدي بالفاسق لأنه لا يهتم بأمر دينه).

(٢) الكافي: ١٨٢/١، والدسوقي مع الشرح الكبير: ٣٢٦/١.

(٣) انظر: كنز العمال: ٥٨٨/٧ حديث رقم (٢٠٣٩٠).

(٤) ورد قوله ﷺ: «لا يؤمن فاجر مؤمناً إلا أن يقهره بسلطانه أو سيفه». انظر: سنن ابن ماجه: ٣٤٣/١، كتاب إقامة الصلاة.

(٥) الكافي لابن قدامة: ١٨٧/١، وفتح القدير: ٣٤٧/١، والدسوقي على الشرح: ٣٢٨/١، وشرح منتهى الإرادات: ٢٥٤/١.

(٦) أخرجه مسلم في كتاب المساجد: الحديث (٢٩٠)، والترمذي: كتاب الصلاة، باب (٦٠).

(٧) فتح القدير: ٣٠٣/١، ونهاية المحتاج: ١٧٥/٢، وجواهر الإكليل: ٨٣/١، وكشاف القناع: ٤٧١/١.

٢٨٢ - مسألة: إذا افتتح الصلاة منفرداً ثم أتمها جماعة تصح ، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروایتين ولأحد قولي الشافعي،^(١) واختلف أصحابه في تحصيل مذهبه، فمنهم من قال : إن ائتمّ قبل أن يركع أجزاءه وبعد الركوع على قولين، ومنهم من قال : الركوع على القولين وبعده لا يصح قولاً واحداً. دليلنا: أن تحريمته سبقت إمامه فأشبهه إذا كان معه وكبرّ قبله.

فصل: فإن افتتحها منفرداً ثم صار إماماً لم تصح، وقال أكثرهم : تصح، وتخرج الصحة بناء على ما قبلها. دليلنا: أنهما يختلفان في الجهر والإخفات وتحمل السهو، فهو كما لو أحرم بها منفرداً وجعلها جماعة، وكما لو أحرم بالظهر وجعلها جمعة.

فصل: فإن اقتدى بالإمام ثم انفرد، فإن كان لعذر لم تبطل ولغير عذر على الروایتين، وعن الشافعي كهذا التفصيل،^(٢) إلا أن الصحيح عنده أن الصلاة صحيحة وإن خرج بغير عذر، والصحيح عندنا البطلان ، وقال أبوحنيفة : تبطل على الإطلاق. دليلنا: على أنها لا تبطل بالعذر أن الطائفة الأولى من أهل صلاة الخوف تصلي ركعة وتخرج ولا تبطل صلاتها لأجل العذر هاهنا، والبطلان عند عدم العذر أنه خرج بغير عذر أشبه إذا خرج من الجمعة.

(١) الكافي: ١٧٧/١ حيث جاء فيه : (فإن أحرم علي صفة ثم انتقل عنها ففيه ست مسائل إحداهن : أحرم منفرداً ثم جاء إنسان فأحرم معه فنوي إمامته فيجوز في النفل، لأن النبي ﷺ قام يصلي في التهجد فجاء ابن عباس فأحرم معه فضلى به النبي ﷺ). متفق عليه، وإن كان في فرض وكان يرجو مجيء من يصلي معه جاز أيضاً.

(٢) جاء في المذهب: ١٨٣/١ : (وإن نوى المأموم مفارقة الإمام وأتم لنفسه، فإن كان لعذر لم تبطل صلاته، لأن معاذاً - رضي الله عنه - أطال القراءة فانفرد عنه أعرابي فذكر ذلك للنبي ﷺ فلم ينكر عليه ... وإن كان لغير عذر ففيه قولان. أحدهما: تبطل لأنهما صلاتان مختلفتان في الحكم فلا يجوز أن ينتقل من إحدهما إلى الأخرى من غير عذر. والثاني: يجوز وهو الأصح، لأن الجماعة فضيلة فكان له تركها). انظر: الكافي: ١٧٧/١.

٢٨٣ - مسألة: إذا كان بين الإمام والمأموم طريق أو نهر لم تصح الصلاة^(١) إلا مع اتصال الصفوف،^(٢) وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: إذا لم يمنعهم رؤية الصفوف وسماع التكبير جاز. وقال الشافعي: لا يمنع إلا أن يزيد على ثلاثمائة ذراع.^(٣) دليلنا: أن عمر قال: «من كان بينه وبين الإمام جدار أو نهر أو طريق فليس معه»^(٤)، وعن علي وأبي هريرة وأبي بكرة: «من صلى في رحبة الجامع فلا جمعة له»، ولأن بينهما طريق والصفوف غير متصلة أشبه إذا زاد على ثلاثمائة أو لم يروهم ولا يسمعوهم على مالك.

٢٨٤ - مسألة: إذا كان الإمام في سفينة والمأموم في الأخرى وبينهما حائل من الماء لم تصح الصلاة، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي.^(٥) دليلنا: ما تقدم في التي قبلها.

٢٨٥ - مسألة: إذا صلى في بيته بصلاة الإمام وهو لا يرى الإمام ولا من خلفه

(١) الكافي: ١٩٣/١ حيث جاء فيه: (يجوز أن يأتهم بالإمام في المسجد وإن تباعدا، لأن المسجد كله موضع للجماعة، فإن كان بينهما حائل يمنع المشاهدة وسماع التكبير لم يصح الائتمام به). وقد ذهب الإمام البخاري إلى جواز ذلك، وعقد لذلك باباً في الصحيح، وعنون به «باب: إذا كان بين الإمام وبين القوم حائط أو سترة، وقال الحسن: لا بأس أن تصلي وبينك وبينه نهر، وقال أبو مجلز: يأتهم بالإمام، وإن كان بينهما طريق أو جدار إذا سمع تكبير الإمام». انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري: ٢١٣/٢.

(٢) جاء في شرح الزركشي: ١٠٢/٢: (أما إذا كان بينهما طريق فيشترط اتصال الصفوف علي المذهب، لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (من صلى وبينه وبين الإمام نهر أو جدار أو طريق فلا يصلي مع الإمام).

(٣) جاء في المهدب: ١٨٤/١: (وإن كان بين الإمام والمأموم نهو فقيه وجهان، قال أبو حنيفة: الإسطخرى لا يجوز، لأن الماء يمنع الاستطراق فهو كالحائط والمذهب: أنه يجوز.

(٤) المصنف لابن أبي شيبة: ١٤٩/٢.

(٥) انظر: كشف القناع: ٤٩٢/١، وجاء في المجموع: ١٧٩/٤: (ولو كانا في بحر والإمام في سفينة والمأموم في سفينة وهما مكشوفتان فوجهان).

لأجل الحائط لم تصح صلاته، وبه قال أكثرهم،^(١) وقال أبو حنيفة : تصح ما لم يكن بينهما طريق.^(٢) دليلنا: قول عائشة لنساء كنّ يصلين في حجرتها بصلاة النبي «لا تصلين بصلاته فإنكنّ دونه في حجاب».^(٣)

٢٨٦ - مسألة: يكره أن يكون مقام الإمام أعلى من المأموم، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي : بل يستحب إذا قصد تعليمه.^(٤) دليلنا: (أن عمار بن ياسر قام على دكان يصلي بالناس وهم أسفل منه فتقدم حذيفة فأخذ بيده فاتبعه عمار حتى أنزله ثم قال : ألم تسمع رسول الله ﷺ يقول : «إذا أمّ الرجل القوم فلا يقوم مقاماً أرفع منهم» قال : فلذلك اتبعك)،^(٥) ولأنه يفضي إلى رفع رؤوسهم ليروه وهذا مكروه فهو كما لو لم يقصد تعليمهم.

٢٨٧ - مسألة: من شرط الإمامة نية الإمامة خلافاً للشافعي، ووافقنا أبو حنيفة إذا كان الرجل يأمر المرأة ، فأما الرجل مثله فلا.^(٦) دليلنا: أنه أحد من تنعقد به الجماعة فاحتاج إلى نية الحال كالمأموم.

(١) جاء في المجموع: ١٨١/٧: (لو صلى في دار ونحوها بصلاة الإمام في المسجد وحال بينهما حائل لا يصح عندنا، وبه قال أحمد. وقال مالك: تصح إلا في الجمعة، وقال أبو حنيفة: تصح مطلقاً).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين : ج١، ص ٥٨٦ وما بعدها.

(٣) سنن البيهقي الكبرى : ١١١/٣.

(٤) انظر: كشف القناع: ٤٩٢/١ حيث جاء فيه: (ويكره أن يكون الإمام أعلى من المأموم). انظر: المجموع: ١٨٠/٤، وجاء في الكافي: ١٩٣/١: (والسنة أن لا يكون الإمام أعلى من المأمومين، فإن فعل فقال ابن حامد: تبطل صلاته لارتكابه النهي، وقال القاضي: لا تبطل، لأن عمار بنى على صلاته، وعن أحمد: لا بأس بهذا...).

(٥) سنن البيهقي الكبرى: ١٠٩/٣ به نحوه من طريق عدي بن ثابت الأنصاري.

(٦) قال ابن قدامة: (ومن شرط صحة الجماعة أن ينوي الإمام والمأموم حالهما، فإن نوى أحدهما دون صاحبه لم تصح، لأن الجماعة إنما انعقدت بالنية...) انظر: الكافي: ١٧٦/١.

٢٨٨ - مسألة: لا بأس بقتل القملة في الصلاة ودفنها، خلافاً لأبي يوسف.^(١)
دليلنا: أن ابن مسعود قتلها في الصلاة ودفنها وقرأ قول الله تعالى: ﴿أَلَمْ نجعل الأرض كفاتاً﴾^(٢)، ولأنه عمل يسير به حاجة إليه أشبهه بقتل العقرب.

٢٨٩ - مسألة: صلاة الفذ خلف الصف باطلة^(٤) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قوله ﷺ
لرجل صلى فذاً: «أعد صلاتك فلا صلاة لفذ خلف الصف»^(٥) وروي لفرد،
ويروى: (لا يقبل الله صلاة لفرد خلف الصف).^(٦)

٢٩٠ - مسألة: إذا كان الأنين في الصلاة من خوف الله لم يقطع، ومن مرض
يقطع، وبه قال أبو حنيفة،^(٧) وقال الشافعي: يقطع.^(٨) وقال أبو يوسف:

(١) الآثار لمحمد: ص ٣١، والمدونة: ١٠٢/١ قال مالك: (لا يقتلها في المسجد ولا يطرحها،
وفي غير المسجد لا بأس بطرحها ولا يقتلها)، قال ابن قدامة: (وإن قتل القملة فلا بأس، لأن
عمره كان يقتل القمل في الصلاة. رواه سعيد، قال القاضي: والتغافل عنها أولى). انظر:
الكافي: ١٧٠.

(٢) روى الربيع بن خيثم أن عبدالله ابن مسعود دفن قملة في المسجد ثم قرأ: ﴿أَلَمْ نجعل الأرض
كفاتاً أحياءاً وأمواتاً﴾. أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٩٤/٢.

(٣) سورة المرسلات: الآية: ٢٥.

(٤) انظر: الأصل: ١٩٧/١، والمدونة: ١٠٥/١، والأم: ١٦٩/١.

(٥) ما رواه وابصة رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً صلى خلف الصف فأمره أن يعيد
صلاته». رواه أحمد في مسنده: ٢٢٧/٤.

(٦) روى علي بن شيبان أنه صلى بهم نبي الله ﷺ فانصرف ورجل فرد خلف الصف فوقف نبي
الله ﷺ حتى انصرف الرجل فقال النبي ﷺ: «استقبل صلاتك ولا صلاة لفرد خلف الصف»
أخرجه ابن ماجه في سننه: ٣٢١/١، والإمام أحمد في مسنده: ٢٣/٤.

(٧) جاء في فتح القدير: ٣٩٧/١: (فإن أن فيها - أي قال أه - أو تأوه ونحوه فارتفع بكأؤه - أي
حصل به الحروف فكان من كلام الناس، فإن كان من ذكر الجنة أو النار لم يقطعها، لأنه
يدل على زيادة الخشوع، وإن كان من وجع أو مصيبة قطعها. وعن أبي يوسف - رحمه الله -
أن قوله أه لا يفسد في الحالين وأوه يفسدها).

(٨) الكافي لابن عبد البر: ص ٦٧، والمدونة: ١٠٤/١، والجامع الصغير: ص ٧٠، وتحفة
الفقهاء: ٢٤٧/١، والمهذب: ٩٤/١.

لا يقطع. دليلنا: أنه إذا كان من خوف حصل قربة لقوله تعالى: ﴿إِنْ إِبْرَاهِيمَ لِأَوْادٍ﴾^(١) وإذا كان لمرض حصل كلام الأدميين.

٢٩١ - مسألة: إذا كان السفر ستة عشر فرسخاً استباح الرخص، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: يقدر بثلاثة أيام، وقال داود: الطويل كالقصير.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ: «يا أهل مكة لا تقصروا في أقل من أربعة برداً من مكة إلى عسفان»^(٣) ولأنه مذهب ابن عباس وابن عمر وابن مسعود، ولأنها مسافة يلحق فيها مشقة السير والحل والارتحال أشبه الثلاثة أيام، ونخص داود بالحر والقياس إذا انتقل من محلة إلى محلة بعله أنه لا مشقة عليه.

٢٩٢ - مسألة: لا يكره عدد الآي في الصلاة^(٤) خلافاً لأبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يكره في الفريضة. دليلنا: ما روي عن أنس أنه قال: «رأيت رسول الله ﷺ يعد الآي في الصلاة قال أنس وأنا أعد الآي في الصلاة»^(٥) ولأنه لا يغير هيئة المصلي أشبه حك البدن وقتل القملة والعقرب.

٢٩٣ - مسألة: القصر^(٦) رخصة^(٧) وبه قال الشافعي وداود،^(٨) وقال أبو حنيفة:

(١) سورة التوبة: الآية: ١١٣.

(٢) الأصل: ٢٦٥/١، والمدونة: ١٢٠/١، والمزني: ص ٢٤، وأحكام القرآن للجصاص: ٢٥٨/١.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه: ٣٨٧/١.

(٤) جاء في المغني: ٣٩٧/٢: (ولا بأس بعد الآي في الصلاة، وتوقف أحمد عن عد التسبيح ولنا أنه إجماع التابعين...).

(٥) روي أنس رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ كان يشير في الصلاة». أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة: ٢١٦/١، والإمام أحمد في مسنده: ١٣٨/٣.

(٦) القصر، والقصر في كل شيء خلاف الطول.. وفي الشرع: هو الصلاة الرباعية ركعتين فقط وهي الظهر والعصر والعشاء.

انظر: لسان العرب لابن منظور: ٩٥/٥، مغني المحتاج: ٣٦٢/٢، وإعلام الموقعين: ٧٩/٢. (٧) الرخصة لغة: التسهيل في الأمر والتيسير. وشرعاً: (ما شرع تخفيفاً لحكم مع اعتبار دليله قائم الحكم لغذر) انظر: المصباح المنير: مادة (رخص).

(٨) الوجيز: ٥٨/١، والأم: ١٧٩/١، والمجموع: ٢١٢/٤، والمغني لابن قدامة: ٢٦٧/٢.

بل عزيمة^(١) وعن أصحاب مالك كالْمُذْهَبِينَ . دليلنا: قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ ﴾^(٢) الآية ، وهذا يقتضي الإباحة كقوله : ﴿ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ ﴾^(٣) ، ولأنه إجماع الصحابة قال أنس بن مالك : «كنا معاشر أصحاب رسول الله ﷺ نسافر فمنا الصائم ومنا المفطر ومنا المتم ومنا المقصر فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم ولا المتم على المقصر ولا المقصر على المتم»^(٤) ، ولأنه تخفيف يتعلق بالسفر أشبه الفطر والمسح .

فصل : والقصر أفضل ، وبه قال الشافعي ، وعنه قول آخر : الإتمام أفضل^(٥) . دليلنا: أنه بالإتمام ندخل في الخلاف وبالقصر نخرج من الخلاف ، فكان أولى^(٦) .

٢٩٤ - مسألة : إذا نوى المسافر إقامة تزيد على أربعة أيام أتم^(٧) ، وبه قال داود ، وفيه رواية أخرى إن نوى أكثر من إحدى وعشرين صلاة أتم وهي اختيار الخرقى وأبي بكر ، ولا تختلف الرواية أنه يحتسب باليوم يدخل فيه ويخرج فيه ، وقال أبو حنيفة : دون خمسة عشر يوماً قصر ، وقال مالك

(١) البدائع : ٢٨٣/١ ، تحفة الفقهاء : ٢٥٤/١ .

(٢) سورة النساء : آية : ١٠١ .

(٣) سورة النور : آية : ٦٠ .

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده : ص ١٥٨ .

(٥) الكافي لابن قدامة : ٢٠٠/١ .

(٦) أي أن المسافر مخير بين القصر والإتمام ، ولكن القصر أولى لمداومة الرسول ﷺ عليه . جاء في كشف القناع : ٥٠٩/١ : (والقصر أفضل من الإتمام) .

(٧) قال ابن قدامة : (وإن نوى المسافر الإقامة في بلد أكثر من إحدى وعشرين صلاة أتم ، وإن نوى دونها قصر ، وعنه إن نوى الإقامة أربعة أيام أتم لأن الثلاث حد القلة) انظر : الكافي : ٢٦٦/١ ، والمدينة : ١١٩/١ ، والمزني : ص ٢٤ ، والروض المربع : ١٢٢/١ ، وتحفة الفقهاء : ٢٥٦/١ ، والأم : ٢٥٦/١ ، والوجيز : ٥٨/١ .

والشافعي : إن نوى إقامة أربعة أيام أتم إلا أن الشافعي^(١) لا يحتسب باليوم الذي يدخل فيه أو يخرج فيه. فالدلالة عليهما أولاً أنه نوى مدة لا تزيد على أكثر عدد اعتبر في الشهادة فكان له الرخص كما لو نوى ثلاثة أيام، ولأنه حكم معتبر بالأيام فاعتبر بالإبغاض كالحيض والنفاس والمسح على الخفين.

٢٩٥ - مسألة: إذا أقام لحاجة ينتظر قضاءها ويقول اليوم أخرج وغداً أخرج قصر أبدأ،^(٢) وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي : يقصر إلى سبعة عشر أو ثمانية عشر.^(٣) دليلنا: ما احتج به أحمد : «أن النبي ﷺ أقام في غزوة تبوك عشرين يوماً يقصر»^(٤) ولأنه إجماع الصحابة ابن عمر وأنس وسعد ابن مالك وعبد الرحمن بن سمرة وسلمة بن كهيل حتى قال أنس : (أقام أصحاب رسول الله ﷺ بمرأهمرمز^(٥) تسعة أشهر يقصرون)،^(٦) ولأنه مسافر لم ينو الإقامة مدة الإقامة أشبه ما دون ثمانية عشر.

فصل : ودار الحرب كدار الإسلام في مدة الإقامة ، وبه قال الشافعي، وقال أبوحنيفة : لا يكون مقيماً بنية الإقامة في دار الحرب. دليلنا: انها أحد الدارين أشبه دار الإسلام.

(١) جاء في المذهب: ١٩٥/١ : (وإن نوى المسافر إقامة أربعة أيام غير يوم الدخول ويوم الخروج صار مقيماً وانقطعت عنه رخص السفر، لأن بالثلاثة لا يصير مقيماً).
(٢) الكافي: ٢٠١/١ ، والروض المربع: ١٢٣/١ .
(٣) جاء في المذهب: ١٩٥/١ : (وأما إذا أقام في بلد على حاجة إذا تنجزت رحل، ولم ينو مدة، ففيه قولان: أحدهما: يقصر سبعة عشر يوماً، لأن الأصل التمام إلا فيما وردت فيه الرخصة لقول ابن عباس: لقد سافرنا مع رسول الله فأقام سبعة عشر يقصر الصلاة، وبقي فيما زاد على حكم الأصل. والثاني: يقصر أبدأ، لأنها إقامة على تنجز حاجة يرحل بعدها فلم يمنع القصر كالأقامة).

(٤) رواه أحمد في مسنده: ٢٩٥/٣ .

(٥) رامهرمز: مدينة مشهورة بنواحي خوزستان. انظر: معجم البلدان لياقوت الحموي: ١٧/٣ .

(٦) سنن البيهقي الكبرى: ١٥٢/٣ .

٢٩٦ - مسألة: الملاح إذا كان يسافر بأهله وليس له نية في المقام ببلد لم يستبح الرخص في السفر،^(١) وكذلك الفيح^(٢) والمكاري،^(٣) وبه قال الحسن وعطاء وأيوب، وقال أكثرهم: يستبيح.^(٤) دليلنا: أنه لم يوجد الانتقال عن وطنه ولا العدول عن أهله أشبه الانتقال من محلة إلى محلة.

٢٩٧ - مسألة: إذا ائتم المسافر بالمقيم لزمه الإتمام خلافاً لداود، وقال مالك: يلزمه بشرط إدراك ركعة فصاعداً.^(٥) دليلنا: أنه مؤتم بمتم فلزمه الإتمام كالذي يريد أن يصلي جمعة خلف من يصلي ظهراً وأصله على مالك لو أدرك ركعة.

٢٩٨ - مسألة: إذا نسي صلاة في السفر فذكرها في الحضر صلاها صلاة حضر،^(٦) وبه قال الشافعي في الجديد وداود،^(٧) وقال أبو حنيفة: صلاة

(١) جاء في الممتع: ٦٠٤/١: (والملاح الذي معه أهله وليس له نية الإقامة ببلد ليس له الترخص، لأنه ليس طاعناً عن منزله أشبه المقيم، ولأنه لو جاز له القصر لقصر أبداً، ولأنه صار السفر عادة له فلا يجد مشقة. ويشترط لذلك: (أ) أن يكون معه أهله. (ب) أن لا ينوي الإقامة ببلد، فإن اختلف شرط فيهما كان له الترخص).

(٢) الفيح والفيح: الانتشار، والفيح: من فاج يفوج فوجاً، ويطلق على الجماعة من الناس. انظر: لسان العرب لابن منظور: ٢١٨/١٥.

(٣) المكاري: الذي يكره بيده في مشيه، والمكاري: الحادي. والجمع المكارون. انظر: لسان العرب لابن منظور: ٢١٨/١٥.

(٤) الكافي: ٢٠١/١، والروض المربع: ١٢٢/١، والأصل: ٣٠٧/١، والمدونة: ١١٩/١، والأم: ١٨٣/١.

(٥) الأصل: ٢٩٠/١، والمدونة: ١٢٢/١، قال ابن قدامة: (أن لا يأت بمقيم، فإن ائتم بمقيم لزمه الإتمام سواء أئتم به في الصلاة كلها أو جزء منها). الكافي: ١٩٨/١.

(٦) الكافي: ١٩٨/١، والأصل: ٢٨٠/١، والمدونة: ١١٩/١، والمزني: ص ٢٥.

(٧) جاء في المذهب: ١٩٦/١: (فإن فاتته صلاة في السفر فقضاها في الحضر ففيه قولان: قال في القديم: له أن يقصر، لأنها صلاة سفر فكان قضاؤها كأدائها في العدد، وقال في الجديد: لا يجوز له القصر وهو الأصح، لأنه تخفيف تعلق بعذر فزال بزوال العذر).

سفر،^(١) واختلف أصحاب مالك فعنهم كمذهب أبي حنيفة وعنهم التخيير، وبه قال الشافعي في القديم. دليلنا: أنهما صلاتا وقت واحد أحدهما ينقص عن الآخر، فإذا زال شرط الناقصة رجع إلى الكاملة كالجمعة مع الظهر، ولأنها صلاة خففها العذر فزال التخفيف بزوال العذر كصلاة المريض.

٢٩٤- مسألة: إذا دخل مع مقيم ثم أفسدها لزمه صلاة مقيم، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: صلاة مسافر.^(٢) دليلنا: أنه قد لزمه الإتمام بالدخول معه فصار كالذي سافر بعد ما استقر عليه صلاة مقيم.

٣٠٠- مسألة: إذا صلى مسافر بمقيمين ومسافرين ثم أحدث وقلنا له الاستخلاف فاستخلف مقيماً لزمها الإتمام، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يلزمهم^(٣) الإتمام. دليلنا: أنه مسافر التزم صلاة مقيم أشبه إذا دخل مع مقيم ابتداءً.

٣٠١- مسألة: إذا سافر بعد دخول الوقت لم يجز له القصر،^(٤) وقال أبو حنيفة: يجوز.^(٥) وقال أصحاب الشافعي: إذا سافر قبل أن يتضايق وقت الوجوب كان له القصر. دليلنا: أنه مسافر بعد دخول الوقت أشبه إذا دخل ثم خرج.

٣٠٢- مسألة: إذا سافر إلى بلد له طريقان أحدهما ينقص عن مدة سفر

(١) جاء في فتح القدير: ٤٥/٢: (ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين).

(٢) الأصل: ١٦٨/١، والمدونة: ١١٩/١، والمزني: ص ٢٤ وما بعدها.

(٣) الأصل: ٢٨٠٢/١، والمدونة: ١٢٠/١، والمزني: ص ٢٥.

(٤) قال ابن قدامة: (ومن سافر بعد دخول وقت الصلاة لم يقصرها لذلك، وحكى عنه أن له قصرها، لأنها صلاة مؤداة في السفر، فأشبه ما لو دخل وقتها فيه). الكافي: ١٩٨/١، الأصل: ١٦٨/١.

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ١٤٥/١: (ثم إن خرج من عمران المصر قاصداً مدة السفر، فله أن يقصر الصلاة، سواء كان في أول الوقت أو أوسطه أو في آخره، حتى إنه إذا بقي من الوقت مقدار ما يمكنه أداء ركعتين فإنه يقصر بلا خلاف بين أصحابنا).

صحيح فله القصر، ذكره أبو بكر في الخلاف،^(١) وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليهِ : ليس له القصر.^(٢) دليلنا: أنه نوى مسافة ستة عشر فرسخاً أشبه إذا لم يكن له طريق واحد.

٣٠٣ - مسألة: سفر المعصية لا يبيح الرخص، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة وداود، وقال مالك: يباح أكل الميتة خاصة.^(٣) دليلنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾،^(٤) وقوله: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ﴾ الآية.^(٥) فشرط نفي البغي والإثم، ولأنه عون على المعصية فلا يجوز كما لو صلى فيه صلاة خوف.

٣٠٤ - مسألة: السفر يبيح الجمع بين الصلوات، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٦) دليلنا: قول ابن عباس: (ألا أخبركم عن صلاة رسول الله ﷺ في السفر. قلنا بلى، قال: كان إذا زالت الشمس وهو في منزله جمع بين الظهر والعصر قبل أن يركب، وإذا لم تزغ في منزله سار حتى إذا حانت العصر نزل

(١) جاء في الممتع: ٦٠١/١: (ومن له طريقان بعيد وقريب، فسلك البعيد فله القصر).

(٢) جاء في المذهب: ١٩٣/١: (فإن كان للبلد الذي يقصده طريقان يقصر في أحدهما، وفي الآخر لا يقصر، فسلك الأبعد لغرض يقصد في العادة قصر، وإن سلكه ليقصر ففيه قولان).

(٣) هذه المسألة محل خلاف على النحو التالي:

(أ) إذا كان السفر محرماً كالسفر لقطع الطريق أو شرب الخمر أو الزنا، فلا يجوز فيه قصر الصلاة عند الجمهور، ولو قصر لا تصح صلاته عند الشافعية والحنابلة وعليه إعادتها، ويصح القصر مع الحرمة عند مالك، وعند الحنفية حيث لا يشترطون كون السفر مباحاً.

(ب) إذا كان السفر مكروهاً كسفر الصيد فيجوز قصر الصلاة عند مالك مع الكراهة، وعند الشافعية مطلقاً، وعند الحنابلة لا يجوز). كشف القناع: ٥٠٥/١، وتبيين الحقائق: ٢١٥/١.

(٤) سورة البقرة: الآية: ١٧٣.

(٥) سورة المائدة: الآية: ٣.

(٦) مختصر الطحاوي: ص ٣٣ وما بعدها، والمبسوط: ١٤/٤ ومختصر المزني: ص ٢٥، والتنبيه: ص ٣٠، والمجموع: ٢٥٣/٤، والكافي: ٢٠٢/١.

فجمع بين الظهر والعصر، وإذا حانت المغرب وهو في منزله جمع بينها وبين العشاء، وإذا لم تحن في منزله ركب حتى إذا حانت العشاء نزل فجمع بينهما^(١)، ولأن له أن يقصر فله أن يجمع كما لو كان بعرفة أو مزدلفة، وأيضاً فإنه لما أثر السفر في شطر الصلاة وهي المقصودة فأولى أن يؤثر في الوقت الذي يراد لها.

فصل: لا يجوز الجمع في السفر القصير^(٢) خلافاً لمالك وأحد قولي الشافعي^(٣). دليلنا: أنه إخراج عبادة عن وقتها فصار كالفطرة، ولأنها رخصة جعلت عوناً على السفر فهي كالقصر.

٣٠٥ - مسألة: يجوز الجمع بين الصلاتين في الحضر لأجل المطر، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: قول نافع بن جبير: جمع رسول الله ﷺ بين المغرب والعشاء في ليلة مطيرة^(٥)، رواه النجاد وبإسناده أيضاً أنه جمع على عهد أبي بكر وعمر وعثمان في الليلة المطيرة، وعن ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة أنهم فعلوا ذلك.

(١) سنن الدارقطني: ٣٨٨/١، والسنن الكبرى للبيهقي: ١٦٣/٣، والمعجم الكبير للطبراني: ٢١٠/١١.

(٢) يرى الإمام أحمد والشافعي في الجديد أنه لا يجوز الجمع إلا في السفر الطويل فقط، الذي يباح فيه قصر الصلاة الرباعية، أما السفر القصير فلا يجوز الجمع فيه. انظر: المغني: ٢٧٢/٢ وكشاف القناع: ٥/٢، والمجموع: ٣٧٠/٤، ومغني المحتاج: ٢٧١/١.

(٣) يرى الإمام مالك والشافعي في القديم: أنه يجوز الجمع في السفر مطلقاً سواء أكان طويلاً أم قصيراً على حد سواء حيث إن النبي ﷺ جمع ليلة المزدلفة ويوم عرفة وكان معه أهل مكة وغيرهم وهو سفر قصير. انظر: بداية المجتهد: ١٤٨/١، القوانين الفقهية: ص ٨١.

(٤) الكافي: ٢٠٢/١، ومختصر الطحاوي: ص ٣٣، والمزني: ص ٢٥، والوجيز: ٦٠/١.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة: ١٣٢/٣.

فصل: ويجوز ذلك في المغرب والعشاء ، فأما الظهر والعصر فلا،^(١) وقال الشافعي : يجوز في الجميع ، وعن أحمد نحوه.^(٢) دليلنا: أنه جمع بين الظهر والعصر في الحضر من غير مرض أشبه إذا جمع للوحد بلا مطر.

فصل: ويجوز الجمع لأجل الوحد،^(٣) خلافاً لأصحاب الشافعي.^(٤) دليلنا: أنه يبيل النعال ، كما أن [المطر]^(٥) يبيل الثياب ، ثم ذلك يبيح كذلك هاهنا.

فصل: ويجوز الجمع للمرض خلافاً لأصحاب الشافعي.^(٦) دليلنا: قول عائشة: «استحاضت سهيلة بنت سهل فأمرها رسول الله ﷺ أن تغتسل عند كل صلاة، ثم أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء»،^(٧) ولأن المرض عذر يبيح الفطر فأباح الجمع كالسفر، ولأنه يؤثر في أفعال الصلاة فأشبهه ما ذكرنا.

(١) قال ابن قدامة: (والسبب الثاني: المطر يبيح الجمع بين المغرب والعشاء، لأن أبا سلمة قال: من السنة إذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء، وكان ابن عمر يجمع إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء، ولا يجمع بين الظهر والعصر للمطر. قال أحمد: ما سمعت بذلك، وهذا اختيار أبي بكر. وذكر بعض أصحابنا: وجهاً في قياسه على الليل). انظر: الكافي: ٢٠٣/١.

(٢) قال الشيرازي: (ويجوز الجمع بين الصلاتين في المطر في وقت الأولى منها، لما روى ابن عباس -رضي الله عنه- قال: (صلى رسول الله ﷺ الظهر والعصر، والمغرب والعشاء جمعاً من غير خوف ولا سفر). انظر: المذهب: ١٩٨/١).

(٣) جاء في الممتع: ٦٠٨/١: (وهل يجوز الجمع لأجل الوحد؟ على وجهين: يجوز لأنه عذر في ترك الجمعة والجماعة أشبه المطر، وفي وجه لا يجوز، فلأن مشقته دون مشقة المطر فلا يصح قياسه عليه).

(٤) جاء في المذهب: ١٩٨/١: (فأما الوحد والريح والظلمة والمرض فلا يجوز الجمع لأجلهما، لأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه جمع لأجلهما).

(٥) في النسخة (أ) الجمع.

(٦) مختصر الطحاوي: ص ٣٥، والبداية: ٦٨٠/٢، والمنهاج: ص ٢١، والوجيز: ١٦/١ والمذهب: ٤٩٨/١.

(٧) أخرجه أبو داود في سننه: ٧٩/١، كتاب الطهارة.

كتاب الجمعة

٣٠٠ - مسألة: تجب الجمعة^(١) على من يسمع النداء^(٢) إذا كان المؤذن صيئاً، والأصوات هادئة، والرياح ساكنة، وذلك مثل أن يكون في قرية ليس فيها أربعون رجلاً، وبه قال أكثرهم، إلا أن مالك حده بفرسخ، والشافعي لم يحده،^(٣) وعن أحمد في التحديد نحو المذهبين،^(٤) وقال أبو حنيفة: لا جمعة على أهل القرى ولا أهل الربض إذا كان بينه وبين المصر فرجة.^(٥) دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من أواه الليل إلى أهله فعليه الجمعة»،^(٦) وفي لفظ آخر رواه أبو داود: (الجمعة على من سمع

(١) صلاة الجمعة واجبة، لما روى جابر - رضي الله عنه - قال: (خطبنا رسول الله ﷺ فقال فاعلموا أن الله تعالى فرض عليكم الجمعة فمن تركها في حياتي، أو بعد موتي، وله إمام عادل أو جائر استخفافاً أو جحوداً فلا جمع الله له شمله، ولا بارك له في أمره). رواه ابن ماجه في كتاب الاقامة باب (٧٨)، والترمذي في كتاب القيامة، باب (٣٠).

(٢) لقول الرسول ﷺ: «الجمعة على من سمع النداء». رواه أبو داود في كتاب الصلاة، باب (٢٠٦).

(٣) هذه المسألة خلافية، فإن العلماء قد اختلفوا في وجوب الجمعة على من هو خارج المصر: (أ) فقال قوم: لا تجب على من هو خارج المصر، فذهب الأحناف إلى عدم وجوبها على أهل القرى. انظر: بدائع الصنائع: ٦٦١/١.

(ب) وقال قوم: تجب على من خارج المصر، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم، فيرى البعض تجب على كل من يسمع النداء في الأغلب، ومنهم من يرى أنها تجب على ما بينه وبين الجامع ثلاثة أميال. انظر: بداية المجتهد: ٢٣٣/١.

(٤) جاء في الكافي: ٢١٣/١: (وتجب على من بينه وبين الجامع فرسخ من غيرهم، ولا تجب على غيرهم).

(٥) مختصر الطحاوي: ص ٣٥، البدائع: ٦٨٠/٢، المنهاج: ص ٢١، الوجيز: ١٦/١.

(٦) روى الترمذي: ٣٧٦/٢: (سمعت أحمد بن الحسن يقول كنا عند أحمد بن حنبل فذكروا على من تجب الجمعة، فلم يذكر أحمد فيه عن النبي ﷺ شيئاً، قال أحمد بن الحسن: فقلت لأحمد بن حنبل فيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ فقال أحمد عن النبي ﷺ. قلت: نعم. قال أحمد بن الحسن حدثنا حجاج بن نصير، حدثنا معارك بن عباد، عن عبد الله بن

النداء^(١)، ولأن السماع أحد نوعي الاتصال أشبه اتصال البنيان.

٣٠٧- مسألة : تصح إقامة الجمعة في القرى ، وبه قال أكثرهم ، وقال أبوحنيفة : تختص الأمصار .^(٢) دليلنا : قول ابن عباس : (إن أول جمعة جمعت بعد جُمُعَة جُمُعَت بالمدينة جُمُعَة البحرين بجواثا)^(٣) قرية من قرى عبد القيس^(٤)، ولأنه بناء متصل يستوطنه عدد تنعقد بهم الجمعة فجاز أن يقيموا فيه كالمصر .

٣٠٨- مسألة : يجوز إقامتها فيما قارب المصر ،^(٥) وبه قال أبو حنيفة ، وقال

== سعيد المقبري عن أبيه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : «الجمعة على من آواه الليل إلى أهله» . قال : فغضب عليّ أحمد بن حنبل وقال لي : استغفر ربك استغفر ربك . قال أبو عيسى إنما فعل أحمد بن حنبل هذا لأنه لم يعد هذا الحديث شيئاً وضعفه لحال إسناده .

(١) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال : «إنما الجمعة على من سمع النداء» . سنن الدارقطني : ٦/٢ ، وسنن البيهقي : ١٧٣/٣ .

(٢) انظر : الأصل : ج ١ ، ص ٣٤٥ ، المبسوط : ٢٣/٢ ، تحفة الفقهاء : ٣٧١/١ ، المدونة : ١٥٣/١ ، المزني : ص ٣٦ ، حاشية الدسوقي : ٣٧٣/١ .

(٣) جواثا : مدينة بهجر لمعبد القيس ، عندما أسلموا بنوا فيها مسجداً ، وصلوا فيه الجمعة ، وهو أول مسجد صليت فيه الجمعة بعد مسجد رسول الله ﷺ . انظر : معجم البلدان لياقوت الحموي : ١٧٤/٢ ، وقال حمد الجاسر في تعليقه على تحفة المستفيد بتاريخ الأحساء في القديم والجديد لمحمد بن عبد الله الأنصاري الأحسائي : ١١/١ «ولم يبق من آثار (جواثا) سوى أطلال المسجد ، وفوهة العين ، وقد تراكت في الموضع الرمال ، حتى أخفت معالم القرية ، ويقع المسجد في وسط مكان القرية ، ولم يبق من آثاره سوى شذمة من جداره القبلي ، وخمس أساطين من رواقه الثاني والثالث في الجهة الجنوبية ، وقد غطت الرمال كثيراً من الباقي من آثاره ، وبنائه بالحجارة والطين واللين ، ومبلط بالنورة تبليطاً أحدث من البناء» .

(٤) سنن البيهقي الكبرى : ١٧٦/٣ ، وانظر : الآحاد والمثاني : ٢٥٧/٣ .

(٥) جاء في الممتع : ٦٣٨/١ : (وبجوز إقامتها في الأبنية المتفرقة إذا شملها اسم واحد وفيما قارب البنيان من الصحراء لما روى كعب بن ملك قال : (أسعد بن زرارة أول من جمع بنا في هزم النبيت من حرة بني بياضة في نقيع يقال له : نقيع الخضمان ، وذلك موضع قريب من البنيان) . انظر : السنن الكبرى للبيهقي : ١٧٧/٣ .

الشافعي : لا يجوز .^(١) دليلنا: ^(٢) أنها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة فجاز فعلها في بنيان البلد وما قاربه كالعيدين .

فصل : فإن كانت الأبنية متفرقة تفريقاً متقارباً صح إقامتها خلافاً لأصحاب الشافعي . دليلنا: ما تقدم ، ولأن اشتغال الاتصال يجمعهم فيقال قرية واحدة فأشبه المتلاصق .

٣٠٤ - **مسألة :** لا تنعقد الجمعة^(٣) بأقل من أربعين رجلاً ، وبه قال الشافعي ، وفي رواية أخرى : بخمسين ، وفيه رواية أخرى : بثلاثة ، وقال أبو حنيفة : بثلاثة سوى الإمام ، وقال [مالك]:^(٤) يعتبر عدد يتقرب بهم قرية في العادة ويمكنهم الإقامة^(٥) وبينهم البيع والشراء . دليلنا: ما روى الدارقطني بإسناده عن جابر ابن عبد الله : « مضت السنة أن في كل ثلاثة إمام ، وفي كل أربعين فما فوق جمعة وأضحى وفطر »^(٦) وهذا إشارة إلى سنة النبي ﷺ ، ولأن

(١) جاء في المذهب: ٢٠٧/١ : (ولا تصح الجمعة إلا في أبنية مجتمعة يستوطنها من تنعقد بهم الجمعة في بلد أو قرية ، لأنه لم تقم الجمعة في عهد رسول الله ﷺ وفا في أيام الخلفاء إلا في بلد أو قرية) .

(٢) قال مالك : تصح الجمعة في كل قرية فيها بيوت متصلة وأسواق متصلة ، اختلاف العلماء: ٣٣٠/١ .

(٣) لقد اتفق الفقهاء على أن من شرط الجماعة .. ثم اختلفوا في العدد الذي تنعقد به الجمعة : (أ) ذهب البعض إلى أن أقل عدد واحد مع الإمام .. وهذا هو مذهب الطبري .

(ب) ومنهم من قال اثنان سوى الإمام ،

(ج) ومنهم من قال ثلاثة دون الإمام وهذا هو قول أبي حنيفة ،

(د) ومنهم من قال لا تنعقد الجمعة إلا بأربعين وهو قول الشافعي وأحمد ،

(هـ) ومنهم من قال لا تنعقد الجمعة إلا بثلاثين . انظر: بداية المجتهد: ٢٢٥/١ .

(٤) ساقطة من نسخة (أ) .

(٥) قال ابن قدامة: (الشرط الثالث: اجتماع أربعين ممن تنعقد بهم الجمعة ، وعنه تنعقد بثلاثة لأنهم جمع تنعقد بهم الجماعة ، وعنه بخمسين ، والمذهب الأول) ، الكافي: ٢١٧/١ ، البدائع: ٦٨٠/٢ ، الهداية: ٨٣/١ ، المنهاج: ص ٢١ ، الوجيز: ١٩٠/١ ، الأم: ٣٧٩/١ .

(٦) سنن الدارقطني: ٣/٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٧٧/٣ .

الأربعة عدد لا تنعقد بهم جمعة في القرى، أو إذا لم يأتن الإمام، أو عدد شرط في شهادة أشبه الاثنين.

٣١٠ - مسألة: من شرط الخطبة أن يحضرها العدد المشروط في الجمعة، وبه قال الشافعي^(١) وأصحاب مالك^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: أنه ذكر شرط في الصلاة أشبه تكبيرة الإحرام، وأيضاً فإنهما أقيما مقام ركعتين فشرط فيهما ما شرط في الركعتين.

٣١١ - مسألة: إذا تفرق العدد المشروط أو بعضه استقبل الصلاة ظهراً^(٤)، وقال أبو حنيفة: إن كان قد عقد الركعة الأولى بسجدة بنى عليها جمعة، وبه قال مالك، إلا أنه يشترط أن يعقدها بسجدة بنى عليها جمعة، وعن الشافعي^(٥) كمذهبنا، وعنه إن بقى معه اثنان أتمها جمعة، وعنه إن بقى واحد. دليلنا: أن ما وجب أن يصحب الركعة الأولى من أصل الجمعة وجب أن يصحب الثانية من أصل الجمعة كسائر الشرائط ولا يلزم الوقت، لأنه يكفي فيه قدر تكبيرة الإحرام.

٣١٢ - مسألة: إذا لم يقدر على السجود بالأرض وقدر على ذلك على ظهر الناس

(١) جاء في التذكرة في الفقه الشافعي: ص ٦٣: (وفرضها تقدم خطبتين بالقيام والجلوس بينهما وإسماع أربعين كاملين). وجاء في المذهب: ٢٠٩/١: (ومن شرط الخطبة العدد الذي تنعقد به الجمعة، فإذا خطب بالعدد ثم انفضوا وعادوا فإن لم يطل الفصل صلى الجمعة، وإن طال قال الشافعي: أحب أن يبدأ الخطبة).

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٧٩/١.

(٣) فتح القدير: ٦١/٢ وما بعدها.

(٤) الكافي: ٢١٧/١.

(٥) جاء في المذهب: ٢٠٨/١: (فإن أحرم بالعدد ثم انفضوا عنه ففيه ثلاثة أقوال:

الأول: إذا نقص العدد عن أربعين لم تصح الجمعة، لأنه شرط في الجمعة فشرط في جميعها كالوقت. الثاني: إن بقى معه اثنان أتم الجمعة، لأنهم يصيرون ثلاثة وذلك جمع مطلق فأشبه الأربعين. الثالث: إن بقى معه واحد أتم الجمعة، لأن الاثنين جماعة.

وخرج المزني قولين آخرين: أحدهما: إن بقى وحده جاز أن يتم الجمعة. والثاني: إن كان قد صلى ركعة ثم انفضوا أتم الجمعة، وإن انفضوا قبل الركعة لم يتم الركعة.

لزمه^(١) السجود، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال مالك : لا يفعل، فإن فعل أعاد .
دليلنا: ما روى عن عمر أنه قال: (إني أراكم قد كثرتُم في الجمعة والجمع، أو
المسجد فليسجد الرجل على ظهر أخيه)^(٣)، ولأنه قادر على متابعة الإمام في
السجود فلزمه ذلك كما لو قدر على السجود بالأرض.

٣١٣- مسألة: إذا زحم المأموم عن السجود حتى قام الإمام إلى ثانية، فإن
كان إذا تشاغل بالسجود لم تفته الثانية سجد، وإن خاف الفوات قام إلى
الثانية ثم يقضي الأولى بعد فراغ الإمام في الركوع^(٤)، وقال أبوحنيفة:
يتشاغل بالأولى بكل حال، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٥) دليلنا: أنه قادر على
متابعة الإمام في الركوع فلزمه ذلك كالمسبوق إذا أدركه راکعاً.

٣١٤- مسألة: لا تنعقد الجمعة بالعبيد والمسافرين^(٦)، وبه قال الشافعي^(٧)

- (١) الكافي: ٢١٩/١.
(٢) قال الشيرازي: (فإن زوحم المأموم عند السجود، فإن قدر أن يسجد على ظهر إنسان لزمه أن يسجد). انظر: المهذب: ٢١٧/١.
(٣) روى سيار بن المعرور قال: سمعت عمر رضي الله عنه يخطب وهو يقول: «إن رسول الله ﷺ بنى هذا المسجد ونحن معه المهاجرون والأنصار، فإذا اشتد الزحام فليسجد الرجل منكم على ظهر أخيه..». أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٣٢/١، وأبو داود في مسند الطيالسي: ص ١٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٨٢/٣.
(٤) جاء في الممتع: ٦٤١/١: (ومن أحرم مع الإمام ثم زحم عن السجود سجد على ظهر إنسان أو رجله، فإن لم يمكنه سجد إذا زال الزحام إلا أن يخاف فوات الثانية، فيتابع الإمام فيها وتصير أولاه ويتمها الجمعة).
(٥) الكافي: ٢١٩/١، والمهذب: ٢١٧/١.
(٦) قال ابن قدامة: (والثاني: شرط للوجوب والانعقاد وهي: الحرية والذكورة والبلوغ والاستيطان فلا تنعقد الجمعة بمن علمت فيه، ولا يصح إمامتهم فيها، لأنهم من غير أهل الوجوب، فلم تنعقد بهم كالنساء، وتصح منهم وتجزئهم عن الظهر)، الكافي: ج ١، ص ٢١٤، الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٧٩/١.
(٧) قال الشيرازي: (لا تجب الجمعة على المسافر، لأنه مشغول بالسفر وأسابيه، ولا تجب على العبد، لأنه ينقطع عن خدمة مولاه، ولقول الرسول ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة إلا على امرأة أو مسافر أو عبد أو مريض»). أخرجه الدارقطني: ٣/٢، وسنن البيهقي: ١٨٤/٣.

خلفاً لأبي حنيفة في قوله : تنعقد وتجزئهم.^(١) دليلنا : أنهم ليس من أهل فرضها أشبه النساء والصبيان، وهو لا يلزم المرضى، لأنهم إذا حضروها صاروا من أهلها.

فصل : فإن كان الإمام عبداً أو مسافراً لم تصح، وبه قال مالك^(٢) خلفاً لأكثرهم. دليلنا : ما تقدم، ولأن الجمعة تفتقر إلى إمام ومأموم ثم المأموم عند الشافعي يحتاج أن يكون من أهلها كذلك الإمام.

٣١٥- مسألة : إذا صلى الظهر يوم الجمعة في منزله من لا عذر له لم تصح صلاته قبل صلاة الإمام،^(٣) وقال أبو حنيفة : تصح،^(٤) فإن خرج بنية الجمعة انتقضت، وقال مالك : إن كان في وقت لو سعى إلى الجمعة أدرك منها ركعة فصاعداً لم تصح صلاته، وعن الشافعي كمذهبنا،^(٥) وعنه البطلان في الجمعة، وهذا ينبغي على أن الفرض في يوم الجمعة هو الجمعة لا الظهر، ويدل عليه بقوله ﷺ : «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة في يوم الجمعة إلا مريض أو امرأة أو مملوك»،^(٦) رواه محمد بن كعب، وأيضاً فإن كل صلاة تطلب إذا سعى إلى غيرها بطلت، وإن لم يسع كما لو صلى قبل الوقت، وهما

(١) قال أبو حنيفة : (إذا اجتمع العدد عبداً أو مسافرين يصح إذا كانوا في موضع الجمعة). فتح القدير : ٦٤/٢.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٧٩/١.

(٣) قال ابن قدامة : ٢١٥/١ (فأما من تجب عليه الجمعة إذا صلى الظهر قبل صلاة الإمام لم تصح، لأنه ما خوطب بالظهر، فإن فاتته الجمعة قضاهما ظهراً، لأنه خوطب بها حينئذ).

(٤) جاء في فتح القدير : ٦٣/٢ : (ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا عذر له كره له ذلك - أي حرم عليه ذلك وصحت الظهر، لأنه ترك الفرض القطعي، وقال زفر : لا يجوز، لأن الفرض في حقه الجمعة والظهر بدل عنها، لأنه مأمور بأداء الجمعة الجمعة معاقب على تركها).

(٥) انظر : المدونة : ١٥٧/١، والمزني : ص ٢٧، والأصل : ٣٥٥/١ وما بعدها.

(٦) سنن الدارقطني : ٣/٢، وسنن البيهقي الكبرى : ١٨٤/٣.

سواء ، لأن الظهر يؤمر بها بعد فوات الجمعة كما يؤمر بالصلاة بعد دخول الوقت.

فصل : فإن صلى الظهر قبل صلاة الإمام من لا يلزمه فعل الجمعة كالمرضى والمسافرين والعبد والمرأة صحت صلاتهم، وبه قال الشافعي، وهي اختيار الخراقي،^(١) وفيه رواية لا تصح، اختارها أبو بكر، وقال أبو حنيفة : الحكم فيه كالذي تلزمه الجمعة. دليلنا: أن كل صلاة صحت في منزله لم تبطل بدخوله في صلاة الإمام كسائر الصلوات.

٣١٦- مسألة : لا تكره صلاة الظهر جماعة في حق من [فاتته]^(٢) الجمعة ، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) [وعند مالك قولان : هل تصلى جماعة أم فرادى من فاتته الجمعة، وصح عنه بصلاة جماعة].^(٤) دليلنا: (أن ابن مسعود فاتته الجمعة وصلى الظهر بعلمة والأسود)،^(٥) ولأنها فريضة فلا يكره فعلها جماعة كسائر الفرائض.

٣١٧- مسألة : لا يسافر يوم الجمعة بعد الزوال ، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(٦) دليلنا: قوله تعالى : ﴿ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا

(١) جاء في المذهب: ٢٠٦/١: (ومن لا جمعة عليه مخير بين الظهر والجمعة، فإن صلى الجمعة أجزاءً عن الظهر، لأن الجمعة إنما سقطت عنه لعذر، غير أن المستحب أن لا يصلي حتى يعلم أن الجمعة قد فاتت، لأنه ربما زال العذر فيصلّي الجمعة).

(٢) في نسخة (أ) فاته.

(٣) الأصل: ٣٦٥/١، والمدونة: ١٥٩/١، والمزني: ص ٢٧.

(٤) أثبتناه من نسخة (ب).

(٥) روى عبد الرحمن بن الأسود بن يزيد النخعي عن أبيه قال: دخلت أنا وعمي علقمة على عبدالله بن مسعود بالهاجرة قال: فأقام الظهر ليصلي فقمنا خلفه فأخذ بيدي ويد عمي ثم جعل أحدنا عن يمينه والآخر عن يساره ثم قام بيننا. الحديث أخرجه أحمد في مسنده: ٤٥٩/١.

(٦) قال ابن قدامة: (ولا يجوز لمن تجب عليه الجمعة السفر بعد دخول وقتها، لأنه يتركها بعد وجوبها عليه، فلم يجز ...)، انظر: الكافي: ٢٣٤/١، والروض المربع: ١٢٧/١، وشرح منتهى الإرادات: ٢٩٣/١.

إلى ذكر الله... الآية،^(١) ولأنه سافر بعدما تعين عليه الفعل أشبه إذا أحرم بها.

فصل: ولا يجوز قبل الزوال أيضاً، وبه قال الشافعي في الجديد، وقال في القديم: يكره،^(٢) وبه قال مالك،^(٣) وعن أحمد مثله، وعن أحمد رواية ثالثة: يجوز للجهاد خاصة^(٤) دون غيره تعين أو لم يتعين وجه الأولى: أنه وقت لغسل الجمعة، أو للسعي أشبه بعد الزوال.

٣١٨ - مسألة: الخطبة شرط في الجمعة، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود.^(٥) دليلنا: ما تقدم من أنه ﷺ «صلى بخطبته وقال: صلوا كما رأيتموني أصلي»، ولأنه ذكر يتعلق بالجمعة يجب استماعه فأشبهه القراءة.

٣١٩ - مسألة: تصح الخطبة من الجنب، وكذلك مع الحدث الأصغر،^(٦) وبه قال أكثرهم^(٧) خلافاً للشافعي في الجديد،^(٨) وهو ظاهر كلام

(١) سورة الجمعة: الآية: ٩.

(٢) جاء في حلية العلماء: ٢٥٩/١: (ومن كان من أهل الجمعة وأراد السفر ولم يخف فوات الرفقة لم يجر له بعد الزوال، وهل يجوز قبل الزوال؟ فيه قولان، أصحابهما: لا يجوز وهو قول أحمد، قال: إلا أن يكون سفر جهاد، وقال في القديم: يجوز، وهو قول مالك وأبي حنيفة وأصحابه). (٣) جاء في الشرح الكبير للدريدي: ٣٧٨/١: (وكره لمن تلزمه سفر بعد الفجر يومها، وإذا قبله وحرم بالزوال إلا أن يعلم إدراكها ببلد في طريقه أو يخشي بذهاب رفقته دونه على نفسه أو ماله).

(٤) الكافي لابن قدامة: ٢٢٤/١.

(٥) فتح القدير: ٥٨/٢، والكافي: ٢١٩/١.

(٦) قال ابن قدامة: (ولا يشترط لها الطهارة، نص عليه) الكافي: ٢٢٠/١، وشرح منتهى الإرادات: ٢٩٧/١.

(٧) جاء في فتح القدير: ٥٨/٢ وما بعدها: (ويخطب قائماً على طهارة، لأن القيام فيها متوارث، ثم هي شرط الصلاة، فيستحب فيها الطهارة كالأذان، ولو خطب على غير طهارة جاز لحصول المقصود، وهو الذكر والموعظة).

(٨) قال الشيرازي: (وهل تشترط في الخطبة الطهارة؟ فيه قولان: قال في القديم: تصح من غير طهارة، لأنه لو افتقر إلى الطهارة، لافتقر إلى استقبال القبلة كالصلاة. وقال في الجديد: لا تصح من غير طهارة، لأنه ذكر شرط في الجمعة فشرط فيه الطهارة). انظر: المذهب: ٢٠٩/١.

أحمد. (١) دليلنا: أنه ذكر يتقدم الصلاة أشبه الأذان والإقامة.

٣٢٠ - مسألة: إذا خطب جالساً فقد أساء وتجزئه، وبه قال أكثرهم، (٢) وقال الشافعي: لا تجزئه مع القدرة عليه، ولا بد من قيامين بينهما جلسة. (٣) دليلنا: أنه ذكر يتقدم الصلاة أشبه الأذان والإقامة، ولأنه ذكر ليس من شرطه استقبال القبلة فهو كالشهادتين والتلبية والتسمية على الذبيحة.

٣٢١ - مسألة: الجلوس بين الخطبتين ليس بواجب، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي (٤): هو شرط في صحة الخطبة. (٥) دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ كان يخطب خطبة واحدة قائماً فلما ثقل وسمن جعلها خطبتين جلس بينهما جلسة يستريح فيها»، (٦) ولأنهما فصلان من الذكر يتقدمان الصلاة أشبه الأذان والإقامة.

٣٢٢ - مسألة: يجمع في الخطبة بين حمد الله، والثناء عليه، والصلاة على النبي ﷺ، والوصية بتقوى الله، وقراءة آية من القرآن، وهكذا في الخطبة الثانية،

(١) شرح منتهى الإرادات: ٢٩٨/١، والأم: ١٩٩/١، والوجيز: ٦٤/١، والمهذب: ٣٨٥/٤، وبدائع الصنائع: ٦٧٠/٢.

(٢) جاء في الممتع: ٦٤٦/١: (ويخطب قائماً، لأن النبي ﷺ كان يخطب قائماً. وعن الإمام أحمد: يجب أن يخطب قائماً).

(٣) قال الشافعي في الأم: ١٩٩/١: (ولا يجزئه أن يخطب جالساً، فإن خطب جالساً من علة أجزأه ذلك، وأجزأ من خلفه، وإن خطب جالساً، وهم يعلمونه صحيحاً للقيام، لم تجزئه ولا إياهم الجمعة، وإن خطب جالساً ولا يدرون أصحح هو أو مريض؟ فكان صحيحاً أجزأتهم.. وانظر: الحاوي الكبير للماوردي: ٤٦/٣، والمجموع شرح المهذب: ٥١٤/٤، وروضة الطالبين للنووي: ٥٣٢/١).

(٤) وقال الشافعية: (إن القيام أثناء الخطبة واجب...) انظر: المهذب: ٢٠٩/١.

(٥) قال البهوتي: ومن جلوسه بينهما أى بين الخطبتين قليلاً انظر: شرح منتهى الإرادات: ٢٩٨/١.

(٦) لم أقف على تخريجه.

وبه قال الشافعي إلا أنه قال : إن لم يقرأ في الثانية أجزأه ، وقال أبو حنيفة : لو خطب بتسبيحة أجزأه،^(١) وحكى ابن القصار عن مالك كالمذهبيين، وحكى ابن نصر: أنه إذا أتى بكلام مرتب ممتد يجمع موعظة أجزأه.^(٢) دليلنا: أنه ذكر يتقدم صلاة مفروضة على الأعيان فتتبع كالأذان، وأيضاً فإنه في العادة بهذه الكلمة لا يسمى خطيباً، فلا يوجد شرط الجمعة وهو الخطبة، والدلالة على أن القرآن في الثانية شرط أنها أحد الخطبتين أشبه الأولى، ولأن ما شرط في الأولى شرط في الثانية كبقية أذكارها.

٣٢٣ - مسألة: يحرم الكلام في حال سماع الخطبة،^(٣) وبه قال أكثرهم،^(٤) وفيه رواية أخرى: يكره، وعن الشافعي كالمذهبيين.^(٥) دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : (إذا قلت للإنسان أنصت يوم الجمعة والإمام يخطب فقد لغوت)،^(٦) ولأنه ذكر شرط في الصلاة أشبه تكبيرة الإحرام، ولأن فيه إعراض عن ذكر الله وامتهاناً له ولحرمة الإمام فلهذا حرم.

فصل: فإذا قلنا أنه محرم فهو في حق المستمع دون الخطيب، وقال أكثرهم:

(١) جاء في فتح القدير: ٥٨/٢: (فإن اقتصر على ذكر الله تعالى جاز، يعني إذا ذكر الله عن قصد الخطبة فقال: الحمد لله، أو سبحان الله، أو لا إله إلا الله جاز عند أبي حنيفة، أما لو قال ذلك لعطاس أو تعجب فلا يجوز بالاتفاق، وقالوا: لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة، وهو مقدار ثلاث آيات عند الكرخي، وقيل: مقدار التشهت).

(٢) شرح منتهى الإرادات: ٢٩٧/١، الأصل: ٣٥١/١، والمدونة: ١٥٦/١، المزني: ص ٢٧.

(٣) جاء في الكافي: ٣٢٨/١: (فإذا جلس الإمام على المنبر انقطع التنفل، فإذا أخذ في الخطبة حرم الكلام، لقول النبي ﷺ: «إذا قلت لصاحبك والإمام يخطب أنصت فقد لغوت») متفق عليه.

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٨٧/١، والأصل: ٣٥٢/١، والمبسوط: ٢٩/٢، والمدونة: ١٤٨/١، جاء في المزني: (ولا بأس بالكلام ما لم يخطب).

(٥) انظر: المذهب: ٢١٦/١.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٩٢): ٣١٦/١ كتاب الجمعة، وأخرجه مسلم: ٥٨٣/٢.

الخطيب والمستمع سواء. دليلنا: قوله ﷺ يوم الجمعة وهو يخطب للنعمان بن نوفل: (قم فصل ركعتين تجوز فيهما ، وإذا دخل أحدكم يوم الجمعة والإمام يخطب فليصل ركعتين وليخففهما)^(١)، وهكذا قال لسليك الغطفاني ، ولأن العلة التي لأجلها حرم على المستمع الإعراض عن الذكر والامتهان بالخطيب ، وهذا منعدم هاهنا.

٣٢٤- مسألة: لا بأس بالكلام بعد خروج الإمام قبل أن يخطب ، وكذلك بعد نزوله ما لم يحرم، وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال أبو حنيفة : هو كحالة الخطبة^(٣) ووافقنا أصحابه. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن أنس قال : « كان رسول الله ﷺ ينزل يوم الجمعة من المنبر فيقوم معه الرجل فيكلمه في الحاجة ثم ينتهي إلى مصلاه »،^(٤) ولأنها حالة تتقدم الخطبة أشبه قبل خروجه.

٣٢٥- مسألة: إذا دخل والإمام يخطب استحب له ركعتين يخففهما،^(٥) وبه قال الشافعي وداود، وقال أكثرهم : لا يركع. دليلنا: ما تقدم من الخبر، ولأنه ذكر يتقدم الإمامة أشبه الأذان.

٣٢٦- مسألة: إذا استوى الإمام على المنبر واستقبل الناس سلم عليهم، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم.^(٦) دليلنا: قول ابن عمر : « كان النبي ﷺ إذا دخل

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٩٠): ٣١٥/١، وأخرجه مسلم : ٦١٢/٣.

(٢) جاء في الممتع: ٦٦١/١: (ويجوز الكلام قبل الخطبة وبعدها لما روي عن ثعلبة بن مالك: أنهم كانوا يتحدثون يوم الجمعة وعمر جالس على المنبر، وفي رواية : لا يجوز).

(٣) جاء في فتح القدير: ٦٧/٢: (وإذا خرج الإمام يوم الجمعة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا لا بأس بالكلام قبل الخطبة وبعدها مثل التكبير لأن حرمة الكلام إنما هي باعتبار الإخلال بفرض الاستماع).

(٤) النسائي: ١١٠/٣.

(٥) قال ابن قدامة: (ومن دخل والإمام يخطب لم يجلس حتى يركع ركعتين، بوجز فيهما)، الكافي: ٢٢٩/١، والدسوقي على الشرح الكبير: ٣٨٨/١.

(٦) الروض المربع: ١٣٠/١، وكشاف القناع: ٣٥/٢.

المسجد يسلم على من عند المنبر جالس، فإذا صعد المنبر توجه الناس يسلم عليهم»^(١) رواه جابر بن عبد الله، ولأنه استقبال بعد استدبار أشبه إذا سلم على قوم لقيهم بعد أن فارقتهم.

٣٢٧- مسألة: إذا خطب رجل وصلى آخر جاز، وبه قال أبو حنيفة^(٢) وفيه رواية أخرى: لا يصح ذلك، وعن الشافعي^(٣) كالمذهبيين. دليلنا: أنه ذكر يتقدم الصلاة أشبه الأذان.

٣٢٨- مسألة: يستحب أن يقرأ في الجمعة بعد الفاتحة بسورة الجمعة والمنافقين، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس فيها شيء مؤقت، وقال مالك: بسبح والغاشية^(٤) دليلنا: قول ابن عباس: «كان رسول الله ﷺ يقرأ في الجمعة بسورة الجمعة والمنافقين»^(٥) ولأن فيهما معنى يختص بها، أما الجمعة فالحث عليها، وأما المنافقين فللتحذير منه إذا كان يحضرها الكافة إما طوعاً أو كرهاً.

٣٢٩- مسألة: إذا دخل وقت العصر قبل الفراغ من الجمعة بنى على جماعته سواء كان قد مضى من الصلاة ركعة أو دونها، ذكره أبو بكر وابن حامد، وهو

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب إقامة الصلاة: ٣٦٠/١، وبه نحوه.

(٢) جاء في البدائع: ٢٦٥/١: (ولو أحدث الإمام بعد الخطبة قبل الشروع في الصلاة فقدم رجلاً يصلي بالناس: إن كان ممن شهد الخطبة أو شيئاً منها جاز، وإن لم يشهد شيئاً من الخطبة لم يجز). وانظر: المغني: ٣٠٧/٢، وكشاف القناع: ٣٤/٢، والدر المختار: ٥٧٦/١.

(٣) انظر: حاشية الجمل: ٥٨/٢، والكافي: ٢٢٠/١.

(٤) كشاف القناع: ٣٨/٢، الكافي: ٢٢٣/١، الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٨٢/١.

(٥) المعجم الكبير للطبراني: ٢٨/١٢، ومسند الشافعي: ص ٦٩.

قياس المذهب، وقال مالك : يشترط في ذلك ركعة، وهو ظاهر كلام الخرقي،^(١) وقال أبو حنيفة : يستقبل الظهر،^(٢) وقال الشافعي : يبني^(٣) عليها ظهراً. دليلنا : إنها صلاة مؤقتة فخرج وقتها لا يمنع البناء كسائر الصلوات، ولأنهما صلاتان تختلفان في الجهر فلا تبني أحدهما على الأخرى كالفجر والظهر.

٣٣ - مسألة : إذا أدرك تشهد الجمعة بنى ظهراً،^(٤) وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : يصلي جمعة.^(٥) دليلنا : ما روى الأثرم بإسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «من أدرك من الجمعة ركعة فليصل إليها أخرى»،^(٦) وفي لفظ آخر رواه الدارقطني : «من أدرك الركوع من الركعة الأخيرة يوم الجمعة فليضف إليها أخرى، ومن لم يدرك الركوع من الركعة الأخيرة فليصل الظهر أربعاً»،^(٧)

(١) قال الخرقي : إن دخل وقت العصر وقد صلوا ركعة أجزأتهم جمعة، لأنه شرط يختص بالجمعة فلا يكبر في الركعة الثانية كالجماعة في حق المسبوق، وإن أدرك أقل من ذلك فهل يتمها ظهراً أو يستأنف؟.. على وجهين بناء على المسبوق بأكثر من ركعة.. وقال القاضي : متى تلمس بها في وقتها أتمها جمعة، لأن الأصل بقاؤه، الكافي : ٢١٦/١.

(٢) جاء في فتح القدير : ٥٩/٢ : (ولو خرج الوقت والإمام في صلاة الجمعة استقبل الظهر، ولا يبينه عليهما لاختلافهما - أي الظهر والجمعة).

(٣) جاء في المذهب : ٢٠٨/١ : (ولا تصح الجمعة إلا في وقت الظهر، لأنهما فرضا وقت واحد فلم يختلف وقتها كصلاة السفر وصلاة الحضر، فإن خطب قبل دخول الوقت لم تصح، فإن دخل فيها في وقتها ثم خرج الوقت لم يجز فعل الجمعة، لأنه لا يجوز ابتدائها بعد خروج الوقت فلا يجوز إتمامها كالجهر، ويتم الظهر).

(٤) قال ابن قدامة : ٢١٧/١ : (ولا يختلف المذهب أن المسبوق إذا أدرك مع الإمام الركوع في الثانية أنه يتمها جمعة، فإن أدرك أقل من ذلك لم يتمها جمعة. وقال الخرقي : يبني على ظهر إن كان قد دخل بنية الظهر. وظاهر هذا أنه إذا نوى جمعة لزمه الاستئذان، وقال أبو إسحاق بن شافلا : ينوي جمعة لئلا يخالف بنيته نية الإمام ثم يبني عليها ظهراً).

(٥) جاء في فتح القدير : ٦٦/٢ : (ومن أدرك الإمام صلى معه ما أدركه، وبنى عليه الجمعة، لقوله ﷺ : «ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا»، وإن كان أدركه في التشهد أو في سجود السهو بنى عليها الجمعة، وقال محمد : إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة، وإن أدرك أقلها بنى عليها الظهر).

(٦) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير عن عبد الله : ج ٩، حديث رقم ٩٥٤٥.

(٧) سنن الدارقطني : ١٢/٢.

ولأنه لم يدرك ركعة أشبه إذا أدركه بعد التسليمة الأولى، وإذا تفرق العدد قبل الركعة الأولى.

٣٣١- مسألة: وتصح إقامتها بغير إذن سلطان، وبه قال أكثرهم،^(١) وفيه رواية أخرى: تحتاج إلى إذنه، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: أن عثمان لما حُصر في الدار صلى بهم عليٌّ فقال عثمان: إن الصلاة أحسن موضوع فأحسن معهم إذا أحسنوا، وإذا ساءوا فاجتنب إساءتهم، ولأنها صلاة مفروضة أشبه سائر المفروضات.

٣٣٢- مسألة: تصح إقامة الجمعة في مصر واحد في موضعين عند الحاجة، وبه قال داود ومحمد بن الحسن، وقال مالك والشافعي وأبو يوسف: لا يجوز.^(٢) دليلنا: أن علي بن أبي طالب «كان يستخلف أبا مسعود الأنصاري ليصلي بضعفة الناس العيد، ثم يخرج هو إلى الجبانة»^(٣) فيصلي بالناس،^(٤) وحكم الجبانة حكم المصر، وإذا ثبت في العيد كذلك الجمعة، لأنه يشترط فيها ما يشترط في الأخرى.

٣٣٣- مسألة: يجوز إقامة الجمعة قبل الزوال^(٥) خلافاً لأكثرهم.^(٦) دليلنا:

(١) الكافي لابن قدامة: ٢٢٣/١، والأم: ١٩٢/١، والمنهاج: ص ٢١، والمجموع: ٣٧٩/٤، والمبسوط: ٢٥٠/٢، وفتح القدير: ٥٦/٢.

(٢) المختصر: ص ٣٥ وما بعدها، والمدونة: ١٥١/١، والمزني: ص ٢٨، والكافي: ٣٢٣/١.

(٣) الجبانة: هي المصلى في الصحراء، المصباح المنير: مادة (جبن).

(٤) انظر: سنن البيهقي: ٣١٠/٣.

(٥) انظر تفصيل ذلك في الكافي لابن قدامة: ٣١٥/١.

(٦) جاء في المذهب: ٢٠٨/١: (ولا تصح الجمعة إلا في وقت الظهر، لأنهما فرضا وقت واحد فلم يختلف وقتها كصلاة السفر وصلاة الحضر، فإن خطب قبل دخول الوقت لم تصح، لأن الجمعة ردت إلى ركعتين بالخطبة، فإن لم تجز الصلاة قبل الوقت لا تصح الخطبة). وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣٧٢/١: (وشرط الجمعة وقوعها كلها - أي جميعها - بالخطبة وقت الظهر، فلو وقع شيئاً من ذلك قبل الزوال لم يصح .. ويمتد وقتها من الزوال للغروب).

ما روى النجاد وأبو بكر بإسنادهما عن عبد الله بن سيدان السلمي^(١) قال : «شهدت الجمعة مع أبي بكر الصديق فكانت خطبته وصلاته قبل نصف النهار ثم شهدتها مع عمر فكانت خطبته وصلاته إلى أن أقول انتصف النهار، ثم شهدتها مع عثمان فكانت خطبته وصلاته إلى أن أقول زال النهار فما رأيت أحداً عاب ذلك ولا أنكره»^(٢) وعن معاوية وابن مسعود أنهما صلياها ضحى، وقالوا : إنما عجلنا خشية الحر عليكم، ولأنها صلاة تضاف إلى يومها فأشبهه العيد.

٣٣- مسألة: إذا اجتمع عيد وجمعة في يوم أجزأ حضور أحدهما عن الأخرى،^(٣) وبه قال إبراهيم النخعي والشعبي خلافاً لأكثرهم.^(٤) دليلنا: ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ إنه قال : «اجتمع في يومكم هذا عيدان فمن

(١) ورد بالمخطوط ما نصه: (عن عبدالله بن سيدان عن وكيع السلمي، والتصويب من مصادر ترجمته).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الصلوات: ج٢، ص ١٠٧، كما ورد في سياق ترجمة عبدالله بن سيدان. انظر: الضعفاء للعقيلي: ٢٦٥/٢، ولسان الميزان: ٢٩٨/٣، والطبقات الكبرى: ٤٣٨/٧.

(٣) قال ابن قدامة: (فإن اتفق عيد في يوم جمعة فصلوا العيد لم تلزمهم الجمعة ويصلون ظهراً)، انظر: الكافي: ج١، ص ٣٤٦، الجامع الصغير: ص ٨٨، المدونة: ج١، ص ١٥٣، الأم: ج١، ص ٢٣٩.

(٤) جاء في حلية العلماء: ٢٥٨/١: (فإن اتفق يوم عيد في يوم جمعة فحضر أهل السواد وصلوا العيد، جاز أن ينصرفوا ويتركوا الجمع).

ومن أصحابنا من قال: تجب عليهم الجمعة، ولا يسقط فرض الجمعة بفعل صلاة العيد.

وقال أحمد: يسقط فرض الجمعة بصلاة العيد، ويصلي الظهر.

وقال عطاء: يسقط الظهر والجمعة جميعاً في هذا اليوم بفعل صلاة العيد، ومن لا جمعة عليه مخير بين فعل الجمعة والظهر....

شاء منكم أجزأه العيد عن الجمعة وإنا مجمعون إن شاء الله»^(١) ولأنه إجماع الصحابة روي أن عمر وعليّ وابن الزبير فعلوا ذلك، فقال ابن عباس : أصاب ابن الزبير السنة ، ولأنها صلاة عيد فجاز أن تسقط بها غيرها كالجمعة.

٣٣٥- مسألة: لا تجب الجمعة على عبد، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروايتين ولداود.^(٢) دليلنا: ما تقدم من قوله : إلا عبداً أوصى، ولأنها عبادة تختص بمكان أشبه الحج.

(١) انظر: سنن ابن ماجه ، حديث رقم ١٣١١ ، والسنن الكبرى للبيهقي: ج٣، ص٣١٨ ، وأخرجه أبو داود: ج١، ص ٢٨١ .
(٢) كشف القناع: ج٢، ص ٢٧ وما بعدها.
انظر: الكافي: ج١، ص ٢١٢، المدونة: ج١، ص ١٦٢، المجزي: ص ٢٨ وما بعدها.

[كتاب صلاة الخوف]^(١)

٣٣- مسألة : صفة صلاة الخوف. إذا كان العدو في غير جهة ولم يكونوا مأمونين أن تفرق الناس طائفتين، طائفة خلفه وطائفة بإزاء العدو، فيصلّي بالتي خلفه ركعة ، ثم يقوم الإمام ويثبت قائماً، وتفرقه الطائفة، وتنوي الخروج من صلاته وتتم لأنفسها، وتمضي إلى العدو، ثم تجيء الطائفة الأخرى فيصلّي بهم ركعة تتم لأنفسها، ويجلس الإمام للتشهد ينتظرهم حتى يسلم بهم، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : يصلّي بطائفة ركعة تامة ثم تنصرف إلى العدو، وتجيء الأخرى فتدخل مع الإمام فيصلّي بهم ركعة تامة ويتشهد ويسلم ثم ينصرفون إلى مقامهم الأول، ثم تجيء الطائفة الأولى تقضي ركعة بسجديتها بلا قراءة وتنصرف إلى وجه العدو، وتجيء الطائفة الثانية فتقضي ركعة تامة بقراءة وتشهد وتسلم، وعن مالك كمذهبن، وعنه أن الإمام يسلم ولا ينتظر الطائفة الثانية، وقال داود: الكل سواء في الفضيلة وكذلك عنده صلاة العيدين والجنائز، وكل ما اختلف فيه الآثار. دليلنا: أن الكل مروى، فروى سهل ابن أبي حشمة عن النبي ﷺ مثل ما ذكرنا^(٢)، وروى ابن عمر عن النبي ﷺ نحو مذهب أبي حنيفة^(٣)، وخبرنا أولى، لأنه يوافق الكتاب والأصول وخبرهم بخلافه، فأما موافقة الكتاب فقوله تعالى : ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ...﴾ الآية^(٤) فوجه الدلالة أنه قال : ﴿فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ﴾^(٥) والمراد به الطائفة

(١) ما بين المعكوفين ساقطة من (أ) و (ب).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه : ٥٧٥/١ ، وأبو داود في سننه : ١٢/٢ .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه : ٥٧٤/١ ، وأبو داود في سننه : ١٧١/٣ .

(٤) سورة النساء : آية : ١٠٢ .

(٥) نفس السورة والآية .

الأولى، وهذا يدل على أنهم يفعلونها بأنفسهم، لأنه أضافها إليهم ولو كانوا مع الإمام لأضافها إليه كما قال في أول الآية: ﴿وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة﴾، ودلالة ثانية من الآية أنه قال: ﴿ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك﴾،^(١) ومعناه: فليصلوا صلاتهم بجمعها معك، وعندهم يصلون معه ركعة ثم يسلم الإمام، ودلالة ثالثة من الآية: أن الله تعالى ذكر الصلاة ولم يذكر ذهاب ومجيئ أربع دفعات، وعندكم فيها ذهاب ومجيئ لم يذكر في الآية، وأما مخالفته للأصول فهو أن العمل الكثير إذا لم يحتج إليه أبطل الصلاة، وليس بنا حاجة إلى ما ذكرتم، ولأن الأصول مبنية على التسوية بين الطائفتين ونحن نسوي بينهما فنجعل للأولى مزية التحريم، وللثانية مزية التسليمة مع الإمام، وعندكم تنفرد الأولى بالتحريم مع الإمام، ولأن الطائفة الثانية حرس في غير صلاة يجب أن تكون الأولى كذلك، وعندهم الأولى تحرس للثانية في صلاة وفيما ذكرنا من حديث سهل بن أبي حشمة، وموافقة الأصول دلالة على مالك، لأن فيه أنه سلم بالثانية، ولأنه تسوية بين الطائفتين.^(٢)

فصل: إذا قام ينتظر الطائفة الثانية فإنه يقرأ بفاتحة الكتاب وسورة طويلة بقدر ما تتمم به الطائفة الأولى، وتأتي الطائفة الثانية، وللشافعي قولان أحدهما: لا يقرأ بأَم القرآن حتى تأتي الثانية، والثاني: يقرأ بأَم القرآن وسورة طويلة حتى تأتي الثانية، ثم يقرأ بقدر أَم القرآن ليقروا خلفه. دليلنا: أنهم قد قالوا إذا جلس للتشهد في انتظار الثانية أنه يتشهد ولا يسكت، كذلك ها هنا.

٣٣٧ - مسألة: فإن صلى على نحو ما ذهب إليه أبو حنيفة،^(٣) فالصلاة

(١) سورة النساء: الآية: ١٠٢.

(٢) انظر: حلية العلماء: ٢٤٩/١ وما بعدها.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ١٧٧/ (وقد اختلف العلماء في كيفيتها اختلافاً كثيراً، لاختلاف الأخبار في الباب، واختار أصحابنا ما هو الأوجه من ذلك، فقالوا: ينبغي للإمام أن يجعل الناس طائفتين بإزاء العدو، ويفتح الصلاة بطائفة فيصلي بهم ركعة إن كان مسافراً، أو صلاة =

صحيحة، وحكى عن الشافعي^(١) البطلان. دليلنا: أن الأخبار في ذلك متعارضة فيجب أن تكون فائدة الترجيح للفضيلة كصلاة العيدين والجنائز.

٣٣٨- مسألة: تصح الصلاة في حال شدة خوف وهو المسابقة ولا يجوز تأخيرها،^(٢) وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبو حنيفة: تؤخر. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن ابن عمر أنه كان يقول في صلاة الخوف: «إن كان أكثر من هذا فليصلوا قياماً على أقدامهم أو ركبناً على ظهور الدواب»،^(٤) وفي لفظ آخر أنه كان يحدثهم به عن رسول الله، ولأنه نوع عذر يجوز ترك القيام لأجله فجاز ترك الركوع والسجود كالمرض.

٣٣٩- مسألة: تجوز صلاة الخوف رجالاً وركبناً جماعة، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يصلون ركبناً في جماعة.^(٥) دليلنا: قوله ﷺ «صلاة الجميع تفضل على صلاة الفذ خمس وعشرين درجة»،^(٦) ولأن كل حالة جاز فعل

الفجر، وركعتين إن كان مقيماً في ذوات الأربع ثم تنصرف هذه الطائفة التي صلى بهم إلى وجه العدو، وتأتي الطائفة الأخرى فيصلي بهم بقية الصلاة ويسلم ولا يسلم القوم، ثم تنصرف هذه الطائفة ينصرفون إلى وجه العدو، وتعود الطائفة الأولى فتقضي بقية صلاتها بغير قراءة لأنهم لاحقون وينصرفون إلى وجه العدو، ثم تعود الثانية فتقضي بقية صلاتها بقراءة لأنهم مسبوقون، ولكن ينبغي أن ينصرفوا مشاة.

(١) المذهب: ٢٠٠/١: فإن صلى بهم الإمام في الخوف صلاة أبي حنيفة صحت صلاتهم، وفيه قول آخر: أنها لا تصح. انظر: حلية العلماء: ٢٥٠/١.

(٢) جاء في الكافي: ٢١٢/١: (الضرب الثاني: الخوف الشديد، مثل التحام الحرب والقتال، ومصيرهم إلى المطاردة، فلهم أن يصلوا كيفما أمكنهم رجالاً وركبناً، يومؤون بالركوع والسجود على قدر الطاقة، ويتقدمون ويتأخرون، ويضربون ويضعفون، ولا يؤخرون الصلاة عن وقتها وصلاتهم صحيحة).

(٣) جاء في حلية العلماء: ٢٥٣/١: (فأما في حال المسابقة والتحام القتال فإنهم يصلوا كيفما أمكنهم رجالاً وركبناً مستقبلي القبلة وغير مستقبليها).

(٤) سنن البيهقي الكبرى: ٢٥٥/٣.

(٥) كشف القناع: ٢١/٢، والمذهب: ٢٠٢/١، وتحفة الفقهاء: ١٧٨/١، والمدونة: ١٦٢/١، ومختصر المزني: ص ٢٩.

(٦) أخرجه أحمد في مسنده: ٤٥٢/١.

كتاب صلاة الخوف

الصلاة المفروضة فيها وحدانا جاز في جماعة كما لو كانوا على وجه الأرض.

٣٤٠ - مسألة : حمل السلاح في صلاة الخوف غير واجب، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأحد قولي الشافعي.^(١) دليلنا: ان حمل السلاح في الصلاة محظور، فالأمر به هاهنا هو أمر بعد الحظر فاقترضى الإباحة كقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا حُلِلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾،^(٢) وقوله : ﴿ فَإِذَا طَعِمْتُمْ فَانْتَشِرُوا ﴾.^(٣)

٣٤١ - مسألة : إذا رأوا سواداً فظنوه عدواً فصلوا صلاة خوف ، ثم بان أنه لم يكن عدواً لم تصح صلاتهم ، ذكره أبو بكر في الخلاف خلافاً للشافعي في أحد قوليه.^(٤) دليلنا: أن الله تعالى أباح ذلك بشرط الخوف من العدو، ولم يوجد هاهنا أشبه إذا لم يكن خائفاً.

٣٤٢ - مسألة : إذا صلى صلاة الخوف بأربع طوائف بكل طائفة ركعة لم تصح الصلاة ذكره ابن حامد وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأحد قولي الشافعي.^(٥) دليلنا: أن صلاة الخوف إنما جازت للحاجة ولا حاجة إلى ما زاد على طائفتين أشبه الطائفة الخامسة.

(١) جاء في الروض المربع: ١٢٥/١: (ويستحب أن يحمل معه في صلاته من السلاح ما يدفع به عن نفسه ولا يتقله كسيف) ، والمهذب: ٢٠١/١.

(٢) سورة المائدة: آية: ٢.

(٣) سورة الأحزاب: آية: ٥٣.

(٤) جاء في المهذب: ٢٠٢/١: (إذا رأوا سواداً فظنوه عدواً فصلوا صلاة الخوف، ثم بان أنه لم يكن عدواً ففيه قولان : أحدهما: تجب الإعادة ، لأنه فرض فلا يسقط بالخطأ، والثاني: لا إعادة عليه وهو الأصح ، لأن العلة في جواز الصلاة شدة الخوف، والعلة موجودة في حال الصلاة). انظر: كشف القناع: ج ٢، ص ٢٠، تحفة الفقهاء: ١٧٨/١.

(٥) كشف القناع: ٥٣/٢، المهذب: ٢٠٣/١.

كتاب

صلاة العيد^(١)

٣٤٣- مسألة : صلاة العيد واجبة على الكفاية،^(٢) وقال أبو حنيفة : على الأعيان،^(٣) وقال الشافعي: هي سنة.^(٤) دليلنا: إنها من أعلام الدين الظاهرة فهي كالجمعة والجهاد وصلاة الجنائز.

٣٤٤- مسألة : التكبيرات الزوائد في العيد في الأولى ستاً، وفي الثانية خمساً،^(٥) وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : ثلاث في الأولى وثلاث في الثانية.^(٦) وقال الشافعي : الأولى سبعاً وفي الثانية خمساً.^(٧) دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن عائشة : «أن النبي ﷺ كان يكبر سبعاً في الركعة الأولى، وخمساً في الأخرى سوى تكبيرة الركوع»،^(٨) وهذا يدل على أن قوله سبعاً في الأولى مع تكبيرة الإحرام إذ لو كان سواها لبينها كما فعل في تكبيرة الركوع، وهذا

(١) سمي العيد عيداً، لأنه يعود كل سنة، وقيل : لأنه يعود بالسرور.

(٢) قال ابن قدامة: وهي فرض على الكفاية، لأن النبي ﷺ والخلفاء بعده كانوا يداومون عليها، ولأنها من شعائر الإسلام فكانت فرضاً كالجهاد، ولا تجب على الأعيان، لأن النبي ﷺ ذكر للأعرابي خمس صلوات، فقال: هل علي غيرها؟ قال: لا. إلا أن تطوع). انظر: المغني: ٢٥٣/٣.

(٣) جاء في فتح القدير: ٧٠/٢: (وتجب صلاة العيد على كل من تجب عليه صلاة الجمعة).

(٤) قال الشيرازي في المذهب: ٢٢١ / ١: (صلاة العيدين سنة، وقال أبو سعيد الأصبخري هي فرض على الكفاية، والمذهب الأول).

(٥) كشاف القناع: ٥٣/٢، الروض المربع: ١٣٨/١.

(٦) مختصر الطحاوي: ص ٣٧، القدوري: ص ١٦، البدائع: ٧٠٠/١، تحفة الفقهاء: ١٦٧/١.

(٧) المذهب: ٢٢٥/١، الأم: ١٣٦/١، الوجيز: ٧٠/١، المجموع: ١٩/٥.

(٨) رواه أبو داود في سننه: ٢٩٩/١، وأخرجه أحمد في مسنده: ٧٠/٦.

دلالة عليهما، ونخص أبا حنيفة بأن التكبير راتب وزائد في الراتب في الأولى ستاً، وفي الثانية خمساً، كذلك الزائد، ونخص الشافعي بأن الركعة الأولى أحد ركعتي العيد، فكان راتبها وزائدها سواء كالثانية.

٣٤٥ - مسألة: يستحب أن يقف بين كل تكبيرتين يكبر الله ويحمده ويصلي على النبي،^(١) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس بين التكبير ذكر مسنون.^(٢) دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن ابن مسعود أنه قال: «بين كل تكبيرتين في صلاة العيد يحمد الله ويثني عليه»، وفي لفظ آخر: «يحمد الله ويصلي على النبي»،^(٣) ولأنها تكبيرات متوالية فتخللها ذكر. دليله: تكبير الجنازة.

٣٤٦ - مسألة: يبدأ بالتكبير قبل القراءة في الركعتين، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: يوالي بين القراءتين فيبدأ في الأولى بالتكبير، وفي الثانية بالقراءة، وبه قال أبو حنيفة^(٤) وجه الأولى ما روى النجاد بإسناده عن عائشة قالت: «كان رسول الله يكبر سبعاً ثم يقرأ، ثم يكبر خمساً، ثم يقرأ»،^(٥) ولأنها أحد الركعتين فكان يكبرها قبل القراءة كالأولى.

٣٤٧ - مسألة: يؤخر التعوذ في صلاة العيد إلى بعد التكبير، وبه قال الشافعي،

(١) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٧٤/١: (قال أبو حنيفة: يأتي بالتكبيرات نسقاً من غير ذكر. وقال مالك: يقف بين كل تكبيرتين ...) ومن أصحابنا من قال: يقول: (لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الحمد، بيده الخير، وهو على كل شيء قدير).

(٢) البدائع: ٧٠٠/١.

(٣) روي علقمة أن عبد الله بن مسعود وأبا موسى وحذيفة خرج عليهم الوليد بن عقبة قبل العيد يوماً فقال لهم: إن هذا العيد قد دنى فكيف التكبير فيه؟ فقال عبدالله: (تبدأ فتكبر تكبيرة تفتتح بها الصلاة وتحمد ربك وتصلي على النبي ﷺ، ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك، ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك ...) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٩١/٣، كتاب صلاة العيدين.

(٤) تحفة الفقهاء: ١٦٨/١.

(٥) عن عائشة رضي الله عنها: «أن رسول الله ﷺ كان يكبر في العيدين سبعاً في الركعة الأولى وخمساً في الآخرة سوى تكبيري الإحرام». أخرجه أحمد في مسنده: ٧٠/٦.

وقال أبو يوسف : يتعوذ عقيب الاستفتاح،^(١) ولا نص عن أبي حنيفة في ذلك.^(٢) دليلنا: قوله تعالى : ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ﴾،^(٣) فيجب أن يؤخر إلى حين القراءة.

٣٤٨ - مسألة : يستحب أن يقرأ في العيد بسبح اسم ربك الأعلى والغاشية، وفيه رواية أخرى : يقرأ بما شاء، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك : بسبح والشمس، وقال الشافعي : بسورة (ق) واقتربت الساعة.^(٤) دليلنا : أن ما ذكرناه مروى عن النبي ﷺ رواية سمرة والنعمان «وأن النبي ﷺ كان يقرأ بها في العيد»،^(٥) رواه أحمد.

٣٤٩ - مسألة : إذا أدرك الإمام في الركوع لم يكبر تكبيرات العيد،^(٦) وبه قال الشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد : إذا خاف إن فعلها قائماً فاته الركوع كبرها في حال ركوعه.^(٧) دليلنا : أنه ذكر مشروع في حال القيام فلا يفعله حالة الركوع كالاستفتاح، والاستعاذة، والقراءة، والقنوت، ولأن الركوع ركن شرع فيه التسبيح، فلا يكون محلاً للتكبيرات كالسجود.

(١) جاء في كشف القناع: ٥٤/٢ (ثم يتعوذ عقب التكبيرة السادسة، لأن التعوذ للقراءة فيكون عندها بلا ذكر بعد التكبيرة الأخيرة) انظر: المختصر: ص ٣٧، والمدونة: ٦٢/١، والأم: ٢٣٧/١، والمزني: ص ٣١.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء : ١٦٨/١، ويتعوذ قبل التكبيرات عند أبي يوسف وعند محمد بعد التكبيرات قبل القراءة ... لأن التعوذ عند أبي يوسف تبع للاستفتاح، وعند محمد تبع للقراءة مقدمة عليه .

(٣) سورة : النحل : آية : ٩٨ .

(٤) انظر: الأصل: ٣٧٤/١، والمدونة: ٢٣٧/١، والأم: ٢٣٧/١، والمزني: ص ٣١.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده: ٢٧٦/٤ ، وأبو داود في سننه: ٢٩٣/١، والترمذي في جامعه: ٤١٣/٢ .

(٦) جاء في الكافي: ٢٣٥/١ : (وإن أدركه في الركوع تبعه ولم يقض التكبير وجهاً واحداً، وإن أدركه في التشهد قام إذا سلم الإمام فقضى ركعتين يكبر فيهما، وإن أدركه في الخطبة استمع ثم قضى الصلاة إن أحب).

(٧) انظر: المبسوط: ٤٠/٢، والمدونة: ١٦٩/١ .

٣٥٠- مسألة: فإن قرأ قبل التكبير ساهياً فقياس المذهب أنه يركع ولا يعود في التكبيرات، وللشافعي قولان أحدهما: مثل ذلك، والثاني: يكبر ويعيد القراءة.^(١) وبه قال مالك. دليلنا: أنه ذكر مسنون شرع قبل القراءة أشبه الاستفتاح والاستعاذة.

٣٥١- مسألة: لا يركع قبل العيدين ولا بعدها. وقال أبو حنيفة: لا يصلي قبلها ويصلي بعدها إن شاء، وقال مالك: في المصلي لا يركع، وفي المسجد على روايتين، وقال الشافعي: يجوز قبل وبعد إلا الإمام إذا ظهر فإنه لا يصلي^(٢) قبلها. دليلنا: ما روى ابن بطة بإسناده أن النبي ﷺ «كان يكبر في العيدين سبعا وخمسا ويقول: لا صلاة قبلها ولا بعدها»،^(٣) وروى النجاد بإسناده عن ابن عباس وجابر وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن النبي ﷺ لم يصل قبلها ولا بعدها»،^(٤) وكل صلاة لا يصلي الإمام قبلها، كذلك المأموم كالمغرب، ولأنه ضم نافلة إلى العيد أشبه إذا كان في المصلي وإذا صلى قبلها، ولأنها صلاة عيد فاستوى قبلها وبعدها كالجمعة.

٣٥٢- مسألة: ومن شرطها الاستيطان، والعدد، وإن الإمام على أحد الروايتين كالجمعة، وبه قال أبو حنيفة،^(٥) وقال الشافعي: هي كسائر النوافل.^(٦) دليلنا: ما روي: «أن النبي ﷺ فتح مكة في شهر رمضان، وخرج منها إلى هوازن

(١) قال ابن قدامة: (وإن نسي التكبير حتى شرع في القراءة لم يعد إليه، لأنه سنة فلا يعود إليه بعد شروعه في القراءة)، انظر: الكافي: ٢٣٤/١، والمهذب: ٢٢٥/١.

(٢) الكافي: ٢٣٥/١، تحفة الفقهاء: ١٧١/١، والمهذب: ٢٣٦/١.

(٣) سنن الدارقطني: ٤٨/٢.

(٤) سنن الدارقطني: ٤٧/٢.

(١) حيث جاء في الهداية: (وتجب صلاة العيد على كل من تجب عليه صلاة الجمعة). انظر: فتح القدير: ٧٠/١.

(٢) جاء في المهذب: ٢٢٦/١: (تجوز صلاة العيد للمنفرد والمسافر والعيد والمرأة).

واتفق العيد في السفر»، ولم يرو أنه صلى في سفره ذلك العيد، ولأنها صلاة عيد أشبه الجمعة.

٣٥٢- مسألة: التكبير مسنون في عيد الفطر.^(١) وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَلِتَكْمَلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ﴾ الآية.^(٢) وروى أبو بكر بإسناده عن عبدالرحمن قال: كانوا في الفطر أشد منهم في الأضحى - يعني في التكبير، ولأنه أحد العيدين أشبه الأضحى.

فصل: ويكون ليلة الفطر ويومه، وبه قال الشافعي.^(٣) وقال مالك: يكبر يوم الفطر خاصة.^(٤) دليلنا: أنه أحد العيدين فسن التكبير في ليلته كالأضحى.

فصل: وينقطع التكبير فيه إذا فرغ الإمام من الخطبتين، وفيه رواية أخرى حتى يأتي المصلي ويخرج الإمام وبه قال مالك، وعن الشافعي^(٥) ثلاثة أقاويل، أحدها: إلى أن يظهر الإمام في المصلي، والثاني: إلى أن يحرم بالصلاة، والثالث: إلى أن يفرغ من الصلاة.^(٦) دليلنا: أن الناس تبع للإمام، ثم الإمام يكبر حتى يفرغ من الخطبة كذلك المأموم.

(١) المذهب: ٢٧٧/١.

(٢) سورة البقرة: آية: ١٨٥.

(٣) المذهب: ٢٣٧/١، والمختصر: ص ٣٧، والمزني: ص ٣٠.

(٤) المدونة: ١٦٧/١.

(٥) جاء في المذهب: ٢٢٧/١: (وأما آخر التكبير ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال: أحدهما: ما روي عن المزني: أنه يكبر إلى أن يخرج الإمام إلى الصلاة، لأنه إذا حضر فالسنة أن يشتغل بالصلاة، فلا معنى للتكبير. والثاني: ما رواه البويطي: أنه يكبر حتى تفتح الصلاة، لأن الكلام مباح قبل أن تفتح الصلاة فكان التكبير مستحباً. والثالث: قاله في القديم: حتى ينصرف الإمام، لأن الإمام والمأمومين مشغولون بالذكر إلى أن يفرغوا من الصلاة...).

(٦) انظر: أحكام القرآن للجصاص: ٢٢٥/١، وتحفة الفقهاء: ٢٨٧/١.

٣٥٤ - مسألة: التكبير في الأضحى من صلاة الفجر يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق، وإن كان محرماً فمن الظهر يوم النحر،^(١) وقال أبوحنيفة: من الفجر يوم عرفة إلى العصر يوم النحر،^(٢) وقال مالك: يوم النحر الظهر إلى الصبح من آخر أيام التشريق، وعن الشافعي أقاويل أحدها كقولنا، إلا أنه لم يفرق بين الحلال والمحرم. والثاني: كمذهب مالك. والثالث: من صلاة المغرب ليلة النحر إلى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق.^(٣) دليلنا: ما روى الدارقطني بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: «كان رسول الله ﷺ إذا صلى صلاة الصبح من يوم عرفة يقبل على أصحابه فيقول على مكانكم ويقول الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر والله الحمد فيكبر من غداة عرفة إلى صلاة العصر من آخر أيام التشريق»^(٤) وقد عمل على هذا الأئمة عمر وعليّ عليهما السلام، ولأن يوم عرفة يوم يجب فيه ركن من أركان الحج أشبه

(١) جاء في الممتع: ٦٧٥/١: (وفي الأضحى يكبر عقب كل فريضة في جماعة، وعنه: أنه يكبر وإن كان وحده من صلاة الفجر يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق، إلا المحرم فإنه يكبر من صلاة الظهر يوم النحر، لأن النبي ﷺ: صلى الصبح يوم عرفة، ثم أقبل علينا، فقال: الله أكبر، ومد التكبير إلى آخر أيام التشريق.. وقيل للإمام أحمد: بأي حديث تذهب إلى التكبير من صلاة الفجر يوم عرفة إلى أيام التشريق...؟ قال: بإجماع عمر وعلي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ١٧٤/١: (أخذ أبو حنيفة بقول ابن مسعود ابتداء وانتهاء). وابن مسعود يرى أن التكبير يبدأ من صلاة الفجر من يوم عرفة، وينتهي وقت صلاة العصر من يوم النحر). وأخذ أبو يوسف ومحمد بقول علي ابتداء وانتهاء، يقول علي: يبدأ من صلاة الفجر من يوم عرفة، وينتهي وقت العصر في آخر أيام التشريق تمام ثلاثة وعشرين صلاة. وأخذ الشافعي بقول ابن عمر ابتداء وانتهاء.. وابن عمر يقول: يتدأ من صلاة الفجر يوم عرفة، وينتهي وقت الظهر من آخر أيام التشريق). انظر: المبسوط، والجامع الكبير.

(٣) الكافي: ٢٣٦/١، والمهذب: ٢٢٧/١، والأم: ٢٤١/١، والوجيز: ١٧٠/١، ومختصر الفقهاء: ١٧٥/١.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه: ٤٩/٢،

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣١٦/٣ عن الحسن نحوه.

يوم النحر، أو يوم مجاور للنحر أشبه الحادي عشر، والدلالة على أنه يكبر في أيام التشريق أنه يوم سن فيه الرمي أشبه يوم النحر.

٣٥٥ - مسألة: لا يكبر إلا من صلى في جماعة، وبه قال أبو حنيفة،^(١) وفيه رواية أخرى: يكبر المنفرد، وبه قال الشافعي، وقد ذكرهما الخرقى وجه الأولى ما روى أحمد بإسناده عن ابن عمر: (أنه كان إذا صلى وحده لم يكبر)،^(٢) وهذا انتشر عنه ولا يعرف له مخالف فيكون حجة، ولأنه ذكر يختص بصلاة دون صلاة فاخص بمصلى دون مصلى كالأذان.

فصل: فإن صلى المسافر جماعة استحب له التكبير^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه صلى الفرض في جماعة أشبه المقيم، ولا يلزم المرأة لأنها كمسئلتنا.

فصل: ولا يكبر المصلي عقب النوافل،^(٤) وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي^(٥) في أحد قوليّه. دليلنا: أنه مذكور في حديث جابر، وأنه قال حين سلم من المكتوبات، ولأنها صلاة نافلة أشبه النافلة في يوم عرفة، وهذا مركب الأصل.

(١) تحفة الفقهاء: ١٧٥/١.

(٢) لم أجده في مسند أحمد وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٢٦٨/١٢ عن عمر بن نافع عن أبيه أن ابن عمر كان إذا صلى وحده في أيام التشريق لم يكبر دبر الصلاة.

(٣) قال ابن قدامة: ٢٣٦/٢: (وإن صلاها كلها وحده ففيه روايتان، إحداهما: يكبر لأنه ذكر مشروع. والثانية: لا يكبر، لأن ابن عمر كان لا يكبر إذا صلى وحده، وقال ابن مسعود: إنما التكبير على من صلى الجماعة، ولأنه مخصوص بوقت فخص بالجماعة كالخطبة، والمسافر كالمقيم في التكبير).

(٤) كشف القناع: ٥٨/٢، قال ابن قدامة: (وموضعه عقب أدبار الصلوات المكتوبة، ولا يشرع عقب النوافل، لأنه لا أذان لها فلم يكبر بعدها). انظر: الكافي: ٢٣٦/١.

(٥) جاء في المذهب: ٢٢٨/١: (وهل يكبر خلف النوافل؟.. فيه طريقتان، من أصحابنا من قال: يكبر قولاً واحداً، لأنها صلاة راتبة فأشبهت الفرائض، ومنهم من قال: فيه قولان، أحدهما: يكبر لما قلناه، والثاني: لا يكبر لأن النفل تابع للفرض، والتابع لا يكون له تبع).

فصل: وصفة التكبير كما ذكرنا في حديث جابر فيكون في أوله دفعتين،^(١) وفي آخره كذلك، وقال أبو حنيفة: يكون في آخره دفعة، وقال الشافعي: بل ثلاثاً. دليلنا: ما تقدم من حديث جابر، ولأنها تكبيرات متوالية خارج الصلاة فكانت شفعاً كالأذان، ولا يلزم التكبير في الصلاة لقولنا خارجها.

٣٥٦- مسألة: إذا غم الهلال ليلة الفطر فلم يصل الإمام، ثم علم بعد الزوال،^(٢) فإنه يصلي من الغد ما بينه وبين الزوال، فإن لم يصل بهم حتى زالت الشمس من ذلك اليوم صلى بهم بعد ذلك، وكذلك الأضحى، وقال أبو حنيفة: مثل قولنا^(٣) في الفطر وفي الأضحى، وقال مالك: لا تصلي في غير يومها، وللشافعي قولان أحدهما: كقول مالك، والآخر: يصلي من الغد وبعد الغد ولا مختار مذهبه أن البينة إذا ثبتت بالليل صلى بهم من الغد. دليلنا: ما روى أبوبكر بإسناده عن أنس بن مالك عن عمومته من الأنصار من أصحاب النبي ﷺ قال: (أغمى علينا هلال شوال فصمنا، فجاء ركب من آخر النهار فقالوا: رأينا الهلال بالأمس، فقال النبي ﷺ: «أفطروا وأخرجوا لعيدكم من الغد»)،^(٤) ولأن الرؤية ثبتت بعد الفوات فله أن يصليها من الغد كما لو ثبت عنده ليلاً.

فصل: فإن فاتت العيد مع الإمام استحب قضاءها مع بقاء الوقت وبعد

(١) الكافي: ٢٣٦/١.

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٣٠٠/١: (واختلفوا فيمن لم يأتهم علم بأن العيد إلا بعد الزوال، فقالت طائفة: ليس عليهم أن يصلوا يومهم، ولا من الغد، وبه قال مالك والشافعية وأبو ثور. وقال آخرون: يخرجون إلى الصلاة في غداة ثاني العيد، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق، قال أبوبكر بن المنذر: وبه نقول الحديث روينا عن النبي ﷺ: «أنه أمرهم أن يفطروا فإذا أصبحوا أن يعودوا إلى مصلاهم».

(٣) المذهب: ٢٢٦/١، وتحفة الفقهاء: ١٧٥/١.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: ٥٨/٥، وأخرجه ابن ماجه في سننه: ٥٢٩/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣١٦/٣.

خروجه، وقال أبو حنيفة ومالك : لا تقضى، وعن الشافعي كالْمذهبين بناءً على قضاء السنن الراتبة. (دليلنا: أن أنس بن مالك فاتة صلاة العيد فأمر مولاه عبد الله بن أبي عتبة أن يصلي بهم ركعتين)،^(١) وعن ابن مسعود: (من فاتة العيد فليصل أربعاً)،^(٢) ولم يظهر خلافهما، وكل صلاة قضت بعد خروج وقتها مع الإمام قضيت فرادى كسائر الصلوات، ويريد بالوصف إذا غم الهلال.

فصل: إذا ثبت القضاء فإنه يقضيها أربعاً وهي اختيار الخرقى وأبي بكر وعنه يصليها كما يصليها في الأداء، وبه قال الشافعي على القول الذي يثبت القضاء [فإنه يقضيها]^(٣)، وبه قال أبو ثور، وفيه رواية أخرى التخيير بين الركعتين والأربع. دليلنا: ما تقدم من قول ابن مسعود: (وكان عليّ عليه السلام استخلف من يصلي بالضعفة أربع ركعات)،^(٤) ذكره الأثرم، ونحن نعلم أن الأداء لا يكون أربعاً لم يبق إلا أنه قضى أربعاً، ولأنها صلاة شرع لها الخطبة فإذا فاتت صلى أربعاً كالجمعة.^(٥)

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، باب الرجل تفوته الصلاة في العيد كم يصلي: ١٨٣/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٠٥/٣.

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٣٠٦/٩.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) انظر: السنن الكبرى للبيهقي: ٣١٠/٣، ومصنف ابن أبي شيبة: ١٨٤/٥.

(٥) هذه المسألة حدث فيها خلاف كبير بين الفقهاء. ونستطيع أن نلخصه على النحو الآتي:

أ- ذهب الثوري وأحمد وهو مروي عن ابن مسعود إلى أنه يصلي أربعاً لأنها كصلاة الجمعة.

ب- وذهب الشافعي وأبو ثور يصليها على صفة الإمام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيرة ويجهر كجهره، لأن القضاء يجب أن يكون على صفة الألاء.

ج- وذهب قوم إلى أنه يقضيها ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبيرة العيد.

د- وذهب قوم إلى أن الإمام إذا صلى في المصلى صلى ركعتين، وإن صلى في غير المصلى صلى أربع ركعات.

هـ- وذهب قوم إلى أنه لا قضاء عليه أصلاً وهو قول مالك وأصحابه.

انظر: بداية المجتهد: ٣٠١/١.

كتاب

صلاة الكسوف^(١)

٣٥٧- مسألة: صلاة الكسوف ركعتان ، في كل ركعة ركوعان ، وبه قال أكثرهم ، وفيه رواية أخرى : في كل ركعة أربعة ركوعات ، وقال أبو حنيفة : كهئية صلاتنا^(٢) هذه ، ثم الدعاء حتى تنجلي. دليلنا: قول ابن عباس : «خسفت الشمس صلى رسول الله ﷺ والناس معه فقام قياماً طويلاً نحو سورة البقرة ثم ركع ركوعاً طويلاً ، ثم رفع فقام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول ، ثم ركع ركوعاً طويلاً دون الركوع الأول ثم سجد ، ثم قام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول ، ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الأول ، ثم رفع رأسه فقام قياماً طويلاً وهو دون القيام الأول ، ثم ركع ركوعاً طويلاً وهو دون الركوع الأول ، ثم سجد ثم انصرف وقد تجلت الشمس»^(٣) وذكر الخبر وروته عائشة إلا أنها قالت : «فجهر بالقراءة»^(٤) وأيضاً فإن الصلاة فرائض ونوافل ثم من الفرائض ما اختصت بزيادة وهي العيدين والجنائز جاز أن يكون من النوافل كذلك.

٣٥٨- مسألة: يستحب في كسوف القمر أن يصلى جماعة كالشمس ، وبه قال

-
- (١) الكسوف: هو ذهاب نور الشمس، والخسوف: ذهاب الكل .. وجعل الفقهاء الكسوف للشمس والخسوف للقمر . انظر: المصباح المنير: مادة (كسف)، وبدائع الصنائع: ٧١٢/٢، وكشاف القناع: ٦٠/٢.
- (٢) انظر: البدائع: ٦١/٢، والمبسوط: ٧٥/٢، وتحفة الفقهاء: ١٨٢/١، والأم: ٢٤٢/١، والوجيز: ٧١/١.
- (٣) أخرجه الشيخان في البخاري: ٥٤٠/٢، وصحيح مسلم: ٦٢٦/٢.
- (٤) عن عائشة قالت: « انكسفت الشمس صلى رسول الله ﷺ فجهر بالقراءة » . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٦/٣.

الشافعي، وقال أكثرهم يصلي ركعتين فرادى كهيئة صلاتنا^(١) هذه. دليلنا: ما روى ابن المنذر بإسناده عن الحسن قال: «خسف القمر وابن عباس أمير على البصرة في زمن عليّ عليهما السلام، فخرج فصلّى بنا ركعتين في كل ركعة ركعتين، ثم ركب وقال: إنما صليت كما رأيت رسول الله ﷺ يصلي»^(٢)، ولأنه خسوف أحد النيرين أشبه الشمس.

٣٥٩- مسألة: السنة في صلاة الخسوف والجهر، وبه قال أبو يوسف ومحمد خلافاً لأكثرهم.^(٣) دليلنا: ما تقدم من حديث عائشة وأن النبي ﷺ جهر فيها بالقراءة، ولأنه مذهب علي وابن عباس والمغيرة بن شعبة، ولأنها صلاة نفل سن لها الجماعة أشبه الاستسقاء والتراويح.

٣٦٠- مسألة: ليس في صلاة الخسوف والكسوف خطبة، وقال الشافعي: يستحب خطبتين^(٤) كالعيد. دليلنا: قوله ﷺ: «إنما هما آيتان من آيات الله فافزعوا إلى الصلاة»^(٥) ولم يذكر خطبة، ولأنها صلاة تصح من كل واحد على انفراده أشبه سائر النوافل.

(١) كشف القناع: ٦١/٢، قال ابن قدامة: (وتجوز جماعة وفرادى لإطلاق الأمر بها في حديث ابن مسعود، والجماعة أفضل لفعل النبي ﷺ لها في الجماعة). انظر: الكافي: ٢٣٧/١، وقال صاحب تذكرة الفقهاء: ١٨٣/١: (وأما الصلاة في كسوف القمر فالسنة فيها أن يصلوا وحدانا في منازلهم، لأن الخسوف في الليل، والاجتماع في الليل مما يتعذر).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٨/٣، والشافعي في مسنده: ص ٣٥١.

(٣) الكافي: ٢٣٨/١، وكشف القناع: ٢٣٩/١، وفتح القدير: ٨٧/٢.

(٤) تحفة الفقهاء: ١٨٣/١، والكافي: ٢٣٩/١.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٤٣/٣.

كتاب الاستسقاء^(١)

٣٦١ - مسألة: يصلي الإمام بالناس للاستسقاء ركعتين ، وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال أبو حنيفة : ليس هناك صلاة لكن يخرج فيدعوا ،^(٣) قال الرازي من أصحابه معناه ليس صلاة مسنونة وليس يعني أنه يكره ذلك ، ووافقنا صاحباه . دليلنا: ما روى عمر بن الخطاب قال : « خرج رسول الله ﷺ بالناس يستسقي صلى بهم ركعتين جهر بالقراءة فيهما وحول رداءه ورفع يديه ودعا واستسقى واستقبل القبلة »،^(٤) وعن جابر: « أن النبي ﷺ استسقى فصلى قبل أن يستسقي »،^(٥) ولأنه قد سن الاجتماع والدعاء لطلب الحاجة فهو كالكسوف.

٣٦٢ - مسألة: صلاة الاستسقاء كالعيدين في التكبير والجهر، وبه قال الشافعي،^(٦)

(١) هي طلب السقيا، وهو استفعال من طلب السقيا أي إنزال الغيب على البلاد والعباد. انظر: لسان العرب ، مادة (سقى).

(٢) الكافي: ٢٤٠/١ المذهب: ٢٣٠/١.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ١٨٥/١ : (ذكر في ظاهر الرواية أنه لا صلاة في الاستسقاء وإنما فيه الدعاء، وروي عن أبي يوسف أنه قال: سألت أبا حنيفة عن الاستسقاء هل فيه صلاة، أو دعاء مؤقت، أو خطبة... فقال: أما صلاة جماعة فلا، ولكن الدعاء والاستغفار، وإن صلوا وحدانا فلا بأس). وقد استدل على رأيه بقوله تعالى: «فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا»، والرسول ﷺ استسقى ولم ترو عنه الصلاة.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه: ٤٤٢/٢ من طريق عباد بن تميم عن عمه به مثله، ولم أقف على رواية عمر إلا في كتاب فضائل الصحابة أنه خرج بالناس يستقي فأخذ بعضد عباس بن عبدالمطلب فقال اللهم إنا نستسقيك بعم نبيك.

(٥) لم أجده.

(٦) المذهب: ٢٣٢/١، والكافي: ٢٤٠/١، والمدونة: ١٦٦/١، فقد جاء في حلية العلماء:

٢٨١/١ : (وصلاة الاستسقاء ركعتان كالعيد، وروي ذلك عن عمر بن عبدالعزيز وسعيد بن المسيب، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وإحدى الروایتين عن أحمد. وقال مالك: يصلي ركعتين من غير تكبير، وهي الرواية الثانية عن أحمد. وقال أبوحنيفة لا يصلي للاستسقاء).

وقال مالك : يكبر للإحرام فقط.^(١) دليلنا: ما روى عن ابن عباس أنه قال : سنة الاستسقاء سنة العيدين، إلا أن رسول الله كان يكثر التكبير في الإستسقاء، فإنه كبر سبع تكبيرات في الأولى، وفي الثانية خمس تكبيرات، ولأنها صلاة شرع لها الصحراء فهي كالعيدين.

٣٦٣- مسألة: ليس في الاستسقاء خطبة^(٢) وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى فيها خطبة، وهي اختيار الخرقى، وبه قال الشافعي : خطبتان بعد الصلاة يدعو في بعض الثانية مستقبل القبلة.^(٣) دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن ابن عباس أنه سئل عن صلاة الاستسقاء فقال : «خرج رسول الله ﷺ متبذلاً متواضعاً متضرعاً حتى أتى المصلى فدعا على المنبر ولم يخطب خطبتكم هذه ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير ثم صلى»،^(٤) وأيضاً فإن القصد كثرة الدعاء لما حصل من القحط وهذا يحصل بالدعاء من غير خطبة، ولأنه يلزم العيد، لأن هناك واجبات ومستحبات يحتاج إلى بيانها.

فصل : والإمام مخير بين أن يبدأ بالصلاة أو الدعاء،^(٥) وقال الشافعي : يبدأ

(١) الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٠٥/١ وما بعدها.

(٢) الكافي: ٢٤٠/١، وجاء في الممتع: ٦٨٩/١ : (ثم يخطب خطبة واحدة يفتتحها بالتكبير كخطبة العيد، ويكثر فيها الاستغفار وقراءة الآيات التي فيها الأمر بها لقول أبي هريرة: صلى بنا رسول الله ﷺ ثم خطبنا. وعنه لا خطبة لقول ابن عباس: فلم يخطب خطبتكم هذه، ولكن لم يزل في الدعاء والتضرع.

(٣) جاء في المذهب: ٢٣٣/١ : (ويستحب أن يدعو في الخطبة الثانية سرّاً ليجتمع في الدعاء بين الجهر والإسرار، ليكون أبلغ .. ويستحب أن يرفع اليد في الدعاء). وجاء في حلية العلماء: ٢٨٢/١ : (ويستحب إذا خطب في الثانية أن يستقبل القبلة ويحول رداءً وينكسه فيجعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه إن أمكنه وكذلك المأموم).

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه: ٤٤٥/٢، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى: ٥٥٦/١، وسنن أبي داود: ٣٠٢/١.

(٥) جاء في الكافي: ٢٤٢/١ : (واختلفت الرواية في الخطبة، فروي: أنه لا يخطب وإنما يدعو لقول ابن عباس: لم يخطب كخطبتكم هذه، وروي أنه يخطب قبل الصلاة .. وعنه أنه مخير في الخطبة قبل الصلاة وبعدها، لأن الجميع مروى .. وعنه يخطب بعد الصلاة.

بالصلاة. دليلنا: أن الأخبار في ذلك مختلفة، فروى النجاد بإسناده الصفتين جميعاً، لهذا جعلنا له الخيار.

٣٦٤ - مسألة: ويستحب إذا مضى صدر من الدعاء أن يجعل يمين الرءاء على يساره، واليسار يميناً، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه مذكور في حديث أبي هريرة وجعفر بن محمد عن أبيه عن النبي ﷺ إلا أنه قال: ليتحول القحط، وإذا كان معناه التفاؤل فهذا موجود في حق كافة الناس.

٣٦٥ - مسألة: اختلفت الرواية عن أحمد في تارك الصلاة عمداً^(*)، فعنه أنه يكفر بذلك، وعنه أنه لا يكفر بذلك، وبه قال أكثرهم ثم اختلفوا بعد ذلك فذهب أبو حنيفة وداود إلى الإستتابة والحبس فقط، وذهب الباكون إلى القتل^(٢) وجه الأولى قوله ﷺ في حديث جابر (بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة)^(٣) وعن الحسن البصري قال: (بلغني أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يقولون بين العبد وبين أن يشرك فيكفر أن يدع الصلاة من غير عذر)، ولأنها عبادة يحصل بها مسلماً فجاز أن يكفر بتركها كالشهادتين وهذا الوصف سلمه أبو حنيفة إذا صلى جماعة أو في مسجد الجماعة والشافعي إذا صلى في دار الحرب.

(١) راجع المذهب: ٢٣٣/١، وحلية العلماء: ٢٨٢/١، والكافي: ٢٨٢/١.

(*) وردت هذه المسألة في هذا الموضع في النسخ الخطية، وكان حقها أن تكون في أول كتاب الصلاة؛ والتزاماً بترتيب المخطوط - خاصة وأنها هكذا في النسختين - وعدم الإخلال بالترتيب الذي عليه، فقد رأيت الإبقاء عليها في موضعها هذا مع التنويه عليها.

(٢) الروض المربع: ص ٦١، تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين: ج ١، ص ٢٥٢، الفتاوى الهندية: ج ١، ص ٥١، مختصر المزنبي: ص ٣٤، المجموع: ج ٣، ص ١٥ وما بعدها. جاء في حلية العلماء: ١٤٢/١: (ومن ترك الصلاة بعد اتقاد وجوبها وأصر على تركها قتل وبه قال مالك .. وقال أبو حنيفة: يحبس حتى يصلي).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٨٢): ٨٨/١، كتاب الإيمان، باب بيان إطلاق اسم الكفر على من ترك الصلاة - عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنه.

كتاب الجنائز^(١)

٣٦٦- مسألة: المستحب أن يغسل الميت في قميص، وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم: يجرد وعلى عورته خرقة.^(٢) دليلنا: ما روى ابن عباس: «أن النبي ﷺ غسل في قميصه»،^(٣) ولأنه بالموت يحصل جميعه عورة بدلالة أنه يستر موضع غسله، ولا ينظر منه إلا بقدر الحاجة ويستتر جميعه بالكفن فكان ما عاد لستره أولى.

٣٦٧- مسألة: ويدخل يده في فيه فيمرها على أسنانه بالماء، ويدخل طرف أصبعيه في منخريه، وبه قال الشافعي،^(٤) وقال أبو حنيفة: لا يستحب ذلك. دليلنا: أنه تطهر فيه غسل الوجه أشبه تطهر الجنب.

٣٦٨- مسألة: ولا يسرح شعره،^(٥) وبه قال أبو حنيفة^(٦) خلافاً للشافعي، وهو

(١) الجنائز: بكسر الجيم واحدة الجنائز، والعامّة تفتح ومعناها الميت على السرير، فإذا لم يكن عليه الميت فهو سرير ونعش. انظر: مختار الصحاح، مادة (جنز)، ص ٤٨.

(٢) جاء في الكافي: ٢٥٠/١ (وروى المروزي عنه: أن الأفضل غسله في قميص رقيق ينزل الماء فيه، ويدخل الغاسل يده في كم القميص، فيمرها على يده، لأن النبي ﷺ «غسل في قميصه»، ولأنه أستر للميت). المذهب: ٢٣٩/١.

(٣) ما رواه أحمد في مسنده: ٢٢٢/١ عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ كفن في ثلاثة أثواب في قميصه الذي مات فيه وحلة نجرانية. وانظر: المعجم الكبير للطبراني: ٤٠٤/١١.

(٤) المذهب: ج ١، ص ٢٣٩، جاء في حلية العلماء: ٢٨٤/١: (ويستحب أن يوضئه وضوءه للصلاة ويلف خرقة على إصبعة خرقة يدخلها في فيه ويسوك أسنانه، ويدخل أصبعيه في منخريه ويغسلهما، وإن كانت لحيته ملبدة سرحها بمشط مفرج الأسنان تسريحاً رقيقاً. وقال أبو حنيفة: لا يستحب له ذلك).

(٥) قال ابن قدامة: (وكره أحمد تسريح الميت، لأن عائشة قالت: علام تنصون ميتكم؟.. يعني: لا تسرحوا رأسه بالمشط، ولأنه يقطع شعره وينتفه). الكافي: ٢٥٢/١، وكشاف القناع: ٩٦/٢ وما بعدها، وتحفة الفقهاء: ٢٤/١، وانظر مصنف عبدالرزاق: ٤٣٧/٣.

(٦) جاء في فتح القدير: ١١٠/٢: (ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته).

اختيار ابن حامد من أصحابنا. دليلنا: ما روي عن عائشة أنها قالت : «لا يسرح شعر الميت»، رواه أبو بكر، ولأن العادة أن ذلك لا يسلم من أن ينقطع، فكره.

٣٦٩ - مسألة: يضفر شعر الميتة ثلاثة قرون ويلقى خلفها،^(١) وبه قال الشافعي،^(٢) وقال أبو حنيفة : يكره ذلك ويلقى غير مضفور بين ثدييها من الجانبين، ويسدل خمارها عليه. دليلنا: أن أم عطية قالت : «ضفرنا رأسها ثلاثة قرون ، ثم ألقيناه خلفها مقدم رأسها وقرنيها»،^(٣) ولأنه أجمع له فصار كشد عقدة الكفن.

٣٧٠ - مسألة: وتقليم أظفاره ويؤخذ شعر شاربه وإبطه وعانته إن كان طويلاً، وبه قال الشافعي في الجديد، وقال في القديم : لا يفعل. وبه قال أكثرهم.^(٤) دليلنا: قوله ﷺ : «افعلوا بموتاكم ما تفعلون بعرائسكم»،^(٥) ولأنه فطرة لا تتعلق بقطع عضو فأشبهه الغسل، ولأنه تنظيف فأشبهه ما ذكرنا.

(١) قال ابن قدامة: (ويستحب أن يضفر شعر المرأة ثلاثة قرون، ويسدل من ورائها). انظر: الكافي: ٢٥٢/١، والممتع: ٢٦/٢.

(٢) قال الشيرازي: (وإن كانت امرأة لها شعر جعل ثلاث ذوائب وتلقى خلفها لما روت أم عطية في وصف غسل بنت رسول الله ﷺ قالت: (ضفرنا ناصيتها وقرناها ثلاثة قرون ثم ألقيناه خلفها). المذهب: ٢٤١/١.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه: ١٩٧/٣.

(٤) جاء في الكافي: ج١، ص ٢٥٢ (ويستحب تقليم أظفار الميت، وقص شاربه، لأن ذلك سنة في حياته، ويترك ذلك منه في أكفانه، لأنه من أجزائه)، انظر: المذهب: ج١، ص ٢٤١، جاء في تحفة الفقهاء: ج١، ص ٢٤٠ (ولا يؤخذ شيء من ظفره، ولا شعره، ولا يسرح لحيته، لأن هذا من باب الزينة، والميت لا يزين).

(٥) قال ابن حجر: هذا الحديث ذكره الغزالي في الوسيط بلفظ: (افعلوا بموتاكم ما تفعلون بأحيائكم، وتعبه ابن الصلاح بقوله: بحث عنه فلم أجده ثابتاً). وقال أبو شامة في كتاب السواك: هذا حديث غير معروف. انظر: التلخيص الحبير: ٢١٨/٢.

٣٧١- مسألة: إذا خرج من الميت شيء بعد الغسل أعيد عليه ، وبه قال الشافعي ، ومن أصحابه من قال : يستحب ذلك ، ولا يجب غسل ماعدا موضع النجاسة ، وبه قال أبو حنيفة. (١) دليلنا: قوله ﷺ في ابنته : «اغسلنها ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً إن رأيتهن ذلك»، (٢) فغرض الثلاث وجعل ما زاد موكولاً إلى اجتهدهن - يعني حدث بها حادث ، ولأن غسل الميت لما وجب بأمر لا يوجب الغسل الأصل وهو ذهاب الحواس جاز أن يجب إعادته بما لا يوجب الغسل أيضاً.

٣٧٢- مسألة: الآدمي لا ينجس بالموت، وبه قال الشافعي، خلافاً لأبي حنيفة (٣) وإحدى الروایتين. دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عباس : «المسلم ليس بنجس حي أو ميت»، (٤) ولأنه آدمي فأشبهه الشهيد.

٣٧٣- مسألة: إذا مات المحرم لم ينقطع إحرامه وبه قال الشافعي وداود خلافاً لأكثرهم. (٥) دليلنا: ما روى ابن عباس : «أن رجلاً كان مع النبي ﷺ فوقصته ناقته وهو محرم فمات ، فقال رسول الله ﷺ: غسّلوه بماء وسدر وكفّوه في ثوبيه، ولا تمسوه بطيب، فإنه يبعث يوم القيامة مليئاً»، (٦) ويروى : «مليئاً»،

(١) قال الشيرازي: (وإن غسل ثم خرج منه شيء ففيه ثلاثة أوجه أحدها: يكفيه غسل الموضع كما لو غسل ثم أصابته نجاسة من غيره ، والثاني: يجب منه الوضوء، لأنه حدث فأوجب الوضوء كحدث الحي، والثالث: يجب الغسل منه، لأنه خاتمة أمره فكان الطهارة كاملة)، المذهب: ٢٤٠/١، وجاء في تحفة الفقهاء: ٢٤٠/١: (ولا يجب إعادة الغسل ولا الوضوء بخروج شيء منه، وعند الشافعي يعاد الوضوء): الكافي: ١٥٠/١.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: (١٢٠٠)، ٤٢٤/١، كتاب الجنائز ، باب يجعل الكافور في آخره، وأخرجه مسلم في صحيحه: ٦٤٦/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني: ٢٩٩/١.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه: ٧٠/٢: (عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنجسوا موتاكم فإن المسلم ليس بنجس حياً ولا ميتاً»)، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى: ٣٠٦/١.

(٥) البدائع: ٧٧٠/٢، والأم: ٢٦٩/١، والمجموع: ١٦٢/٥.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه: (١٧٥٣) ٦٥٦/٢ أبواب الإحصار، وأخرجه مسلم في صحيحه: ٨٦٦/٢.

ولأن المخيط لباس يحرم في حال حياته فحرم بعد موته كالحرير، ولأنها عبادة يتصف بها تارة فعله وتارة بغيره فلا تبطل بالموت كالإيمان.

٣٧٤ - مسألة: يغسل الرجل زوجته، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(١) دليلنا: قوله ﷺ لعائشة: «ما ضرك. لو مت قبلي لغسلتك ثم كفنتك ثم صليت عليك ودفنتك»،^(٢) وكل شخصين جاز لأحدهما غسل صاحبه جاز للأخوين والأختين.

٣٧٥ - مسألة: فإن مات عن الرجعية فلها غسله، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي وإحدى الروایتين عن مالك.^(٣) دليلنا: أنه طلاق لا يزيل الملك أشبهه المعلق بصفته.

٣٧٦ - مسألة: يجوز للرجل غسل أم ولده الميتة وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٤) دليلنا: أن له أن يغسلها في الحياة فهي كزوجته تغسله في حياته وبعد موته.

فصل: ويجوز لها أن تغسله،^(٥) وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها تغسله في حياته، كذلك بعد موته كزوجته.

(١) الكافي: ٢٤٦/١، وتحفة الفقهاء: ٢٤١/١، والبدائع: ٧٦١/٢، والمجموع: ١١١/٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٤٧٠/١.

(٣) الكافي: ٢٤٨/١، وتحفة الفقهاء: ٢٤١/١.

(٤) قال السمرقندي: (وأما أم الولد فلا تغسل مولاه، وإن كانت معتدة بعد موته عندنا، وقال زفر تغسل). انظر: تحفة الفقهاء: ٢٤٠/١، والكافي: ٢٤٨/١، والمدونة: ١٨٦/١.

(٥) جاء في الممتع: ١٦/٢: (وأما كون حكم السيد مع أمته كحكم الزوج مع زوجته فيما ذكر فلأنها فراش له ومملوكة، وحكم الملك في إباحة اللمس والنظر حكم الزوجة حال الحياة، بل بقاء الملك أكذ، لأنه يجب عليه تكفينها وموئنة دفنها كما يجب عليه نفقتها وكسوتها حال الحياة بخلاف الزوجة).

٣٧٧- **مسألة:** لا يغسل الرجل ذوات محارم من النساء، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم.^(١) دليلنا: أن كل امرأة لا يباح له وطؤها حال الحياة لا يغسلها بعد الموت كالأجنبية.

٣٧٨- **مسألة:** لا يجوز للمسلم غسل قريبه الكافر،^(٢) وبه قال مالك خلافاً للشافعي. دليلنا: ما روى الخلال في العلل بإسناده: (أن ثابت بن قيس بن شماس أتى النبي ﷺ فقال: إن أمه ماتت وهي نصرانية وهو يحب أن يحضرها، فقال له اركب: «دابتك وسر أمامها فإذا كنت أمامها فليست معها»)،^(٣) ولأن هذا تطهير وتعظيم له، وليس من أهله، ولهذا لم يصل عليه.

٣٧٩- **مسألة:** يغسل السقط ويصلى عليه إذا استكمل أربعة أشهر، وقال الشافعي: يغسل، وفي الصلاة قولان: الجديد: لا يصلى عليه، وقال الباقر: إذا لم يستهل لم يغسل ولم يصل عليه.^(٤) دليلنا: قوله ﷺ في حديث المغيرة: «الراكب خلف الجنازة والماشي حيث شاء والطفل يصلى عليه»،^(٥) وهذا طفل، ولأنه مسلم جرت فيه الروح أشبه إذا استهل.

٣٨٠- **مسألة:** شهيد المعركة لا يصلى عليه، وبه قال الشافعي، وهي اختيار

(١) الكافي لابن قدامة: ٢٤٨/١، وتحفة الفقهاء: ٢٤١/١، والمهذب: ٢٣٨/١.

(٢) جاء في الممتع: ١٨/٢: (ولا يغسل مسلم كافراً ولا يدفنه إلا أن لا يجد من يواريه غيره لقوله تعالى: «لَا تَتَوَلَّوْا قَوْمًا غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ»، وقوله «وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ».

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه: ٧٥/٢.

(٤) قال ابن قدامة: (والسقط إذا أتى عليه أربعة أشهر غسل وصلى عليه). الكافي: ٢٥٣/١، الروض المربع: ١٥١/١، جاء في المهذب: (إذا استهل السقط أو تحرك ثم مات غسل وصلى عليه ...)، لأنه قد ثبت له حكم الدنيا في الإسلام والميراث والدية فغسل وصلى عليه كغيره ... وإن لم يستهل ولم يتحرك فإن لم يكن له أربعة أشهر كفن بخرقة ودفن، وإن تم له أربعة أشهر ففیه قولان).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده: ٢٤٧/٤، وأخرجه النسائي في السنن الكبرى: ٦٣١/١، وأخرجه الحاكم في مستدرکه: ٥١٧/١.

الخرقي، وفيه رواية أخرى : يصلى، وبه قال أكثرهم.^(١) وهي اختيار الخلال وصاحبه وجه الأولى ما روى جابر بن عبد الله : « أن النبي ﷺ أمر بقتلى أحد أن يدفنوا بدمائهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا »،^(٢) ولأن الغسل شرط في صحة الصلاة بدلالة غير الشهيد، ثم الغسل قد يسقط، فكذلك الصلاة، وجرى مجرى السقط إذا لم يستهل ولا جرى فيه الروح.

٣٨١- مسألة: إذا قتل الصبي في المعركة لم يغسل خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: أنه غسل لا يجب في حق الكبير فلا يجب في حق الصغير كالدفعة الثانية.

٣٨٢- مسألة: الجنب إذا استشهد فإنه يغسل، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم.^(٤) دليلنا: ما روى أن حنظلة قتل فسأل النبي ﷺ أهله : « ما شأن حنظلة فإنني رأيت الملائكة تغسله ؟ قالوا : خرج جنبا »،^(٥) ولأنه أحد نوعي الطهارة أشبه الطهارة من النجاسة.

٣٨٣- مسألة: إذا قتل في غير المعركة ظلماً لم يغسل في إحدى الروايتين،^(٦) وقال الشافعي: يغسل ويصلى عليه، وقال أبو حنيفة : إن قتل بحديدة فهو

(١) المبسوط: ٥٧/٢، والبدائع: ٨٠٢٠/٢، والوجيز: ٧٦/١، والمجموع: ٢٢٠/٥.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه: ١١٧/٤.

(٣) البدائع: ٨٠٢/٢، والأم: ٢٦٨/١، والمجموع: ٢٢٦/٥، والكافي لابن قدامة: ٢٥٣/١.

(٤) قال ابن قدامة في المغني: ٤٦٩/٣: (وإن قتل وهو جنب غسل، لأن النبي ﷺ قال يوم أحد « ما بال حنظلة بن الراهب؟ اني رأيت الملائكة تغسله »، قالوا: إنه سمع الهائعة فخرج ولم يغتسل).

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٥/٤.

(٦) جاء في الممتع: ٣٢/٢: (ومن قتل مظلوماً فهل يلحق بالشهيد؟ على روايتين، أما كونه لا يلحق بالشهيد لأن عمر وعثمان وعلياً والحسن قتلوا ظلماً وغسلوا وصلي عليهم، ولأنه ليس بشهيد المعركة أشبه المبطلون). وأما كونه يلحق بالشهيد على رواية فلقوله ﷺ: « من قتل دون ماله فهو شهيد ». أخرجه أبو داود: ٢٤٦/٤.

كشيد المعركة، وبغير حديدة يغسل. دليلنا: أنه مسلم قتل ظلماً لم يرث ولا وجب عليه غسلًا حال حياته فهو كشيد المعركة وإذا قتل بحديدة.

٣٨٤- مسألة: إذا رفسه دابته فمات، أو عاد عليه سهمه، أو تردى من جبل فمات في المعركة غسل وصلي عليه، وقال الشافعي: حكمه كما لو قتله مشرك^(١). دليلنا: أنه مات بغير فعل آدمي، فهو كما لو أصابه ذلك في غير المعركة.

فصل: فإن وجد في المعركة مقتولاً ولا أثر به غسل وصلي عليه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يغسل^(٢). دليلنا: أنه لم يعلم موته بفعل آدمي فهو كما لو علمنا موته حتف أنفه، ولأن الظاهر ممن لا أثر به أنه مات حتف أنفه، فيجب أن يحكم به.

٣٨٥- مسألة: فإن جرح في المعركة، ثم تكلم أو أكل، أو شرب، أو صلى، أو فعيا، غسل وصلي عليه^(٣) وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: إن بقي يومين أو ثلاثة غسل وصلي عليه، وإن كان في غمرات الجراحات لم يغسل ولم يصل عليه، وقال الشافعي: إن وجد منه شيء من هذه الأشياء والحرب قائمة لم يغسل ولم يصل^(٤) عليه. دليلنا: أنه صار إلى حالة من أحوال الأحياء فنقص

(١) قال ابن قدامة: (ومن عاد عليه سلاحه فقتله فهو كقتيل الكفار...)، وقال القاضي: يغسل ويصلى عليه، لأنه ليس بقتيل الكفار). انظر: الكافي: ٢٥٤/١، تحفة الفقهاء: ٢٥٩/١.

(٢) قال البهوتي: (وإن وجد ميتاً ولا أثر به أو مات حتف أنفه أو برفسة أو عاد سهمه عليه.. غسل وصلي عليه كغيره). انظر: الروض المربع: ١٥١/١، والمهذب: ٢٥١/١، وتحفة الفقهاء: ٢٦٠/١.

(٣) جاء في المهذب: ٢٥٠/١: (وإن جرح في الحرب ومات بعد انقضاء الحرب غسل وصلي عليه، لأنه مات بعد انقضاء الحرب).

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٤٧/١: (كل من مات، مسلماً، بعد ولادته، صغيراً كان أو كبيراً، ذكراً أو أنثى، حراً كان أو عبداً [إلا البغاه] صلي عليه). الروض المربع: ١٥١/١، وكشاف القناع: ١٠٠/٢.

فيه معنى الشهادة كما لو كان بعد تقضي الحرب ، وكما لو خرج عن غمرات الجراح.

٣٨٦ - مسألة : لا يغسل قتيل أهل العدل ولا يصلى عليه، وبه قال أبوحنيفة، وفيه رواية أخرى: يغسل ويصلى عليه، وبه قال مالك، وعن الشافعي كالْمُذْهَبَيْنِ^(١). وأصل ذلك شهيد غير المعركة. دليلنا: ما تقدم أنه مسلم قتل ظلماً لم يرث ولا وجب غسله في حال حياته أشبه شهيد المعركة.

٣٨٧ - مسألة : إذا اختلط أموات المسلمين الذين يصلى عليهم بأموات المشركين، صلى على جميعهم ينوي المسلمين، وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال أبوحنيفة : لا يصلى عليهم.^(٣) إلا أن يكون عدد المسلمين أكثر. دليلنا: أن الصلاة الواجبة إذا اشتبهت بما لا يجب احتياط بفعل الجميع كما لو ترك صلاة من يوم لا يعلم عينها.

٣٨٨ - مسألة : يستحب أن يكفن في ثلاثة أثواب ليس فيها قميص ولا عمامة، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : في ثوب وقميص ولفافة.^(٤) دليلنا: ما روت عائشة : « أن النبي ﷺ كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية^(٥) ليس فيها قميص

(١) كشف القناع: جـ ٢، ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) قال الشيرازي في المذهب: ٢٥٠/١: (وإن اختلط المسلمون بالكفار ولم يتميزوا صلوا على المسلمين بالنية، ولأن الصلاة تنصرف إلى الميت بالنية، والاختلاط لا يؤثر في النية).

(٣) بدائع الصنائع: ٣١٢/١ .

(٤) انظر: الكافي: جـ ١، ص ٢٥٦ وما بعدها، والأصل: ٤٣٦/١، والمدونة: ١٨٧/١، ومختصر المزني: ص ٣٦، والمذهب: ٢٤٤/١ .

جاء في كتاب اختلاف العلماء: ٤٠١/١ (قال أصحابنا : أدنى ما تكفن فيه المرأة: ثلاثة أثواب، والسنة خمسة، والرجل في ثوبين .. وقال الشافعي: أحب إلي أن لا يجاوز خمسة أثواب في كفن الرجل، والثوب يجزئ).

(٥) من (سحل) بفتح السين وضمها، فالفتح منسوب إلى السحول وهو القصار، لأنه يسحلها أي يغسلها، أو إلى سحول وهو قرية باليمن. وأما الضم فهو جمع سحل وهو للثوب الأبيض النقي ولا يكون إلا من قطن. انظر: النهاية في غريب الأثر: ٣٤٧/٢ .

ولا عمامة»^(١) ولأن أفضل أحوال الحي حالة الإحرام، وفي تلك الحالة يمنع من المخيط كذلك هاهنا .

٣٨٩ - مسألة: ويستحب أن تكون الثياب بياضاً كلها، وبه قال الشافعي.^(٢) وقال أبو حنيفة: ثوبين وحبيرة. دليلنا: ما تقدم من حديث عائشة، وقوله: «خير ثيابكم البياض البسوها أحياءكم وكفنوا بها موتاكم».^(٣)

٣٩٠ - مسألة: يكره تكفين المرأة في المعصفر والمزعفر.^(٤) وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: الخبر والقياس على حالة الإحرام.

٣٩١ - مسألة: كفن المرأة في مالها، وبه قال محمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة والشافعي: على زوجها.^(٥) دليلنا: أنه معنى يزيل النكاح أشبه البينونة بالطلاق. ولا يلزم الرجعية لأنه لم يزل ملكه.

٣٩٢ - مسألة: الماشي أمام الجنازة والراكب خلفها، وقال أبو حنيفة: خلفها أفضل. وقال مالك والشافعي: أمامها أفضل.^(٦) دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن ابن عمر قال: «كان النبي ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان يمشون أمام الجنازة

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٤٢٨/١ حديث (١٢١٤)، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٩٩/٣، والنسائي في سننه: ٣٥/٤.

(٢) كشف القناع: ٢٠٥/١.

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٦٦/١٢ عن ابن عباس رضي الله عنه، وانظر: مسند الشهاب: ٢٣٢/٢.

(٤) قال البهوتي: (ويكره التكفين بمزعفر ومعصفر ولو لأمرأة حتى المنقوش قطعاً كان أو غيره). انظر: كشف القناع: ٢٠٤/٢.

(٥) تحفة الفقهاء: ٢٤٢/١، وكشاف القناع: جـ ٢، ص ١٠٣ وما بعدها.

(٦) انظر: الأصل: ٤١٤/١، والمختصر: ص ٤٢، والمدونة: ١٧٧/١، ومختصر المزني: ص ٣٧، وكشاف القناع: ١٣٠/٢.

وكان عمر يضرب على ذلك»^(١) ولأن الناس شفعاء للميت كذلك جاءت السنة ومن شأن الشفيع أن يتقدم على المشفوع، والدلالة على تأخر الراكب قوله ﷺ في حديث المغيرة : «الراكب خلفها والماشي حيث شاء»^(٢) ولأنه يأمن الفوات في العادة ولئلا يؤذي الناس، وإذا تقدم أذاهم.

٣٩٣ - مسألة: التبريع أفضل من الحمل بين العمودين^(٣) وصفته أن يبدأ على يمينه ثم يرجع فيضع آخر السرير على شماله، ويرجع إلى مقدم السرير فيضعه على يساره وهو يسار الميت.. هكذا ذكره أحمد ورواه عن ابن عمر وقال الشافعي: الأفضل الاقتصار على الحمل بين العمودين. دليلنا: ما روي عن ابن عمر أنه قال : «من السنة أن يحمل بجوانب السرير الأربع ثم يتطوع بعد إن شاء أو يدع»^(٤) ولأن بين العمودين شبه بحمل المتاع، وقد فرق بينهما، ولهذا يكره حمله على الدابة إذا كان الموضع قريباً، والتبريع يخالف ذلك.

٣٩٤ - مسألة: الصلاة على الميت تستفاد بالوصية، فيكون الوصي أولى من الولي والوالي، وهو اختيار الخرقي وأبي بكر، وقال أكثرهم: لا تستفاد بذلك.^(٥) دليلنا: ما روي أن أبا بكر وصى أن يصلي عليه عمر، وعمر وصى أن يصلي عليه صهيب، ووصى أبو بكر أن يصلي عليه أبو بردة وابن مسعود إلى الزبير بن العوام، وأبو سريحة إلى زيد بن أرقم، فلما وضعت الجنازة جاء عمر

(١) أخرجه الترمذي في جامعه: (١٠٠٧) ٣٢٩/١، كتاب الجنائز، باب ما جاء في المشي أمام الجنازة. وأخرجه أبو داود في سننه: (٣١٧٩) ٣٠٢/٥، باب المشي أمام الجنازة، وأخرجه ابن ماجه: ٤٧٥/١، وأخرجه أحمد في مسنده: (٤٥٣٩) ٨/٢.
(٢) أخرجه الترمذي في جامعه: (١٠٣١) ٣٤٩/٣، كتاب الجنائز.
(٣) الكافي لابن قدامة: ٢٦٦/١ حيث جاء فيه: (والتبريع في حمل الجنازة مسنون).
(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٣١٩/٩ عن ابن عمر: (إذا اتبع أحدكم الجنازة فليأخذ بجوانب السرير كله ثم ليتطوع بعد أو يذر).
(٥) قال البهوتي: (وأولى الناس بالصلاة عليه من أوصى إليه بذلك، لإجماع الصحابة على الوصية). انظر: الكافي: ٢٥٩/١، تحفة الفقهاء: ٢٥١/١.

وابن حريث حتى يصلي عليه، وكان أميراً بالكوفة فقال له ابنه : (أصلح الله الأمير إن أبي وصى أن يصلي عليه زيد، فتقدم زيد وأبو ميسرة إلى شريح وعائشة إلى أبي هريرة وحضرها ابن عمر وابن عباس وام سلمة إلى سعيد بن جبير)،^(١) ذكر هذه ابن حامد في كتابه، ولأنها ولاية تنتقل إلى الورثة أشبه ولاية المال.

٣٩٥ - مسألة: السلطان أحق بالصلاة على الميت من الولي، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي في الجديد.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ : « لا يؤم الرجل في سلطانه ولا يجلس على مكرمته إلا بإذنه »،^(٣) وروي أنه لما مات الحسن بن علي قال الحسين لسعيد بن العاص وهو أمير بالمدينة : تقدم لولا أنها السنة ما تقدمت،^(٤) ولأن الرعية تلزمهم طاعة الوالي كالابن مع أبيه ثم الأب يقدم ابنه كذلك هاهنا.

٣٩٦ - مسألة: إذا اجتمع الزوج وابن الميتة منه فالزوج أولى، وبه قال أبوحنيفة، وقال الشافعي : الابن أولى.^(٥) دليلنا: أنه ما لزمه تقديمه في صدور المجالس وسروات الطرق، كذلك هاهنا.

٣٩٧ - مسألة: الأب والجد أولى من الابن في الصلاة، ذكره الخرقي، وبه قال أكثرهم،^(٦) وقال مالك : الابن مقدم. دليلنا: أن القصد طلب الدعاء، فيجب أن يكون أولاهم أرجاهم إجابة وأوفرهم دعاء، وهذا بالأب أولى.

(١) ورد هذا في الأثر في المغني إلى قوله : فتقدم زيد : ٤٠٦/٣.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء : ٢٥١/١ : (وحاصل ذلك أن السلطان إذا حضر فهو أولى). انظر: الكافي : ٢٥٩/١، المهذب : ٢٤٦/١، فتح القدير : ١١٨/١.

(٣) أخرجه الطبراني في معجمه عن ابن مسعود : ج ١٧، حديث رقم ٦٠٥.

(٤) أخرجه الرازي في مصنفه، كتاب الجنائز : ٤٧١/٣.

(٥) المهذب : ٢٤٦/١.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة : ج ١، ص ٢٥٩ وما بعدها.

٣٩٨ - مسألة: لا يصلى على الجنائز عند طلوع الشمس وقيامها وغروبها، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي. دليلنا: قول عقبة بن عامر: «ثلاث ساعات نهانا رسول الله ﷺ أن يُصلى فيهن وأن نقبر فيهن موتانا، عند طلوع الشمس ونصف النهار وحين تغيب»^(١). ولأن الفرائض أحد نوعي الصلاة، فكان منها ما يمنع منه لأجل الوقت كالنافلة.

٣٩٩ - مسألة: إذا اجتمع جنازة امرأة وصبي قدمت المرأة مما يلي الإمام والصبي خلفها، وهو اختيار الخرقي، وفيه رواية أخرى: الصبي مما يلي الإمام، وبه قال أبو حنيفة والشافعي^(٢). وجه الأولى: أن الصبي غير مكلف ولا متبوع في الإسلام، والمرأة بخلافه فهي كالرجل مع الصبي.

فصل: فإن اجتمع صبي وعبد قدم العبد مما يلي الإمام، وبه قال الشافعي، والوجه للأولى ما تقدم.

٤٠٠ - مسألة: إذا اجتمع جنائز نساء على انفرادهن، أو رجال، أو رجال ونساء، فالسنة أن يسوى بين رؤوسهم، وقال أبو حنيفة: إن جعل رأس كل واحد أسفل من الآخر فحسن، وإن سوى بينهم فكذلك، وقال الشافعي: في الجنس والواحد كما قلنا، وفي الجنسين يجعل وسط المرأة عند صدر الرجل^(٣). دليلنا: (ما روي عن ابن عمر أنه كان يسوي بين رؤوس الرجال والنساء)^(٤)، ولأنها جنائز اجتمعت فسوى بين رؤوسهن كما لو انفردوا.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ٥٦٨/١، والنسائي: ٢٧٧/١، والترمذي: ٣٤٨/٣.

(٢) تحفة الفقهاء: ٢٥٠/١، والمهذب: ٢٤٧/١.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٥٠/١: (وإذا اجتمعت الجنائز فالإمام بالخيار إن شاء صلى عليها كلها دفعة واحدة، وإن شاء صلى كل جنازة على حدة الخ).

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب الجنائز: ٤٦٧/٣.

٤٠١ - مسألة: إذا كبر الإمام على جنازة ثم جيء بأخرى فكبر ثانية ونواهما، فهو لهما، وكذلك في الثالثة والرابعة، ولا يفعل ذلك في الخامسة، وقال أبو حنيفة ومالك: إن نوى بالثانية لهما فهي للأولى، وإن نوى الثالثة فهو للثانية وخرج من الأولى^(١). دليلنا: أنه يصح أن يجمعهما بنية واحدة حال الابتداء وكذلك حالة الاستدامة كالحج مع العمرة.

٤٠٢ - مسألة: يقوم الإمام من الميت إذا كان رجلاً حذاء صدره، ومن المرأة عند وسطها، وقال مالك: من المرأة عند منكبيها، ومن الرجل عند وسطه. وقال أبو حنيفة: عند الوسط فيهما، وقال الشافعي: من المرأة وسطها، واختلف أصحابه في الرجل؛ فبعضهم قال: حذاء رأسه، وبعضهم قال: صدره^(٢). دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن أنس: «أنه صلى على جنازة رجل فقام حيال صدره فلما رفعت جيء بجنازة امرأة من قريش أو الأنصار فقام حيال وسطها، وفي القوم العلاء بن زياد فقال: يا أبا حمزة: كذا كان يقف رسول الله ﷺ من الرجل حيث قمت، ومن المرأة حيث قمت. قال: نعم. فالتفت إلينا فقال: احفظوها»^(٣). ولأن المرأة عورة فإذا وقف حذاء وسطها كان ستر لموضع عجيزتها، والأصل في ستر نعش المرأة بخلاف الرجل لهذا المعنى.

(١) انظر: الكافي لابن قدامة: ٢٦٣/١، فتح القدير: ج ١، ص ١٢٧ وما بعدها.

(٢) جاء في حلية العلماء: ٢٨٨/١: (ويقف الإمام عند رأس الرجل، وعجيزة المرأة، وبه قال أبو يوسف ومحمد. وذكر أبو علي في الإفصاح: أنه يقف عند صدره وهو قول أحمد. وقال أبو حنيفة: يقف عند صدر الرجل والمرأة. وقال مالك: يقف من الرجل عند وسطه ومن المرأة عند منكبيها). وانظر: تحفة الفقهاء: ٢٥٠/١، وفتح القدير: ١٢٦/٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٤٧٩/١، والترمذي في الجامع الصحيح: ٣٥٢/٣.

٤٠٣ - مسألة: تصح الصلاة على الغائب بالنية،^(١) وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قول عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال: «إن أخاكم النجاشي مات فصفنا خلفه، وإني لفي الصف الثاني فصلى عليه». ^(٣)

٤٠٤ - مسألة: لا تكره الصلاة على الميت في المساجد،^(٤) وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم.^(٥) دليلنا: (أن عائشة أرسلت هي وأزواج النبي ﷺ إلى أهل سعد ابن أبي وقاص أن مروا به علينا في المسجد حتى نصلي عليه، فمروا به عليهن فصلين عليه، فأنكر ذلك قوم، فقالت عائشة: «ما صلى رسول الله ﷺ على سهيل بن بيضاء إلا في المسجد»)،^(٦) ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم، روى النجاد بإسناده: (أن أبا بكر وعمر رضوان الله عليهما صلي عليهما تجاه المنبر)،^(٧) ولأنها صلاة لا تكره في مسجد الجنائز أشبه سائر الصلوات.

٤٠٥ - مسألة: إذا كبر الإمام أكثر من أربع لم يتابعه المأموم، وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وفيه رواية أخرى: لا يتابعه^(٨) فيما زاد على الخمس،

(١) جاء في الكافي: ٢٦٤/١: (وتجوز الصلاة على الغائب، وعنه لا تجوز، لأن حضوره شرط)، انظر المذهب: ٢٤٩/١.

(٢) جاء في حلية العلماء: ٢٩١/١: (وتجوز الصلاة على الميت الغائب).

(٣) أخرجه أبو داود في مسند الطيالسي: ص ١١٤.

(٤) جاء في كشف القناع: ١٢٥/٢: (وتباح الصلاة على الميت في مسجد إن أمن تلويثه، قال الأجري: السنة أن يصلي عليه فيه، لأنها صلاة فلم تكره فيه كسائر الصلوات).

(٥) قال في فتح القدير: ١٢٨/٢: (ولا يصلي على ميت في مسجد جماعة).

(٦) أخرجه الترمذي: ٣٥١/٣، ومستدرك الحاكم: ٧٣٠/٣، وسنن النسائي: ٦٨/٤، ومسند أحمد: ٢٦١/٦.

(٧) روي عن المطلب بن عبدالله بن حنطب قال: (صلي على أبي بكر وعمر تجاه المنبر). رواه ابن أبي شيبة في مصنف كتاب الجنائز: ٣٦٤/٣.

(٨) الكافي: ٢٦٢/١، الأصل: ٤٢٤/١، المدونة: ١٧٦/١، المبسوط: ٦٣/٢، مختصر الخرقى: ص ٣٨. قال ابن قدامة: (ولا تسن الزيادة على أربع تكبيرات، لأنها المشهورة عن النبي ﷺ، وجمع عمر الناس على أربع تكبيرات .. فإذا كبر خمساً جاز وتبعه المأموم، لأن زيد بن أرقم كبر على جنازة خمساً، وقال: كان النبي ﷺ يكبرها. رواه مسلم، وعنه: لا يتابع فيها، اختاره ابن عقيل لأنها زيادة غير مسنونة). انظر الكافي: ٢٦٢/١ وما بعدها.

وفيه رواية ثالثة : لا يتابعه فيما زاد على سبع، وهي أصح، والوجه فيه ما روي: «أن عمر جمع الناس فاستشارهم في التكبير على الجنازة، فقال بعضهم كبر النبي ﷺ سبعا، وقال بعضهم خمسا، وقال بعضهم أربعا، فجمع عمر على أربع كأطول الصلاة»^(١) وإذا ثبت أن جميعه مروى جاز فيه متابعة الإمام كتكبير العيدين والقنوت له.

٤٠٦ - مسألة: ويرفع يديه في كل تكبيرة من صلاة الجنازة،^(٢) وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبو حنيفة : لا يرفع إلا في الأولى.^(٤) دليلنا: «أن ابن عمر كان يرفع يديه في كل تكبيرة»^(٥) والظاهر أنه لم يخف عليه تكبير رسول الله ﷺ وإنه وافقه، ولأنها تكبيرة حالة القيام أشبه الأولى وتكبير العيدين.

٤٠٧ - مسألة: من شرط الصلاة على الجنازة القراءة،^(٦) وبه قال الشافعي،^(٧) وقال أبو حنيفة : ليس بشرط،^(٨) ويكون في موضع القراءة حمد الله والثناء عليه. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن ابن عباس قال : «كان رسول الله ﷺ

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الجنائز: ٣٠٢/٣.

(٢) جاء في التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح: ٣٨٤/١: (ويسن رفع يديه مع كل تكبيرة).

(٣) قال الشيرازي : (والسنة أن يرفع يديه مع كل تكبيرة، لما روي أن عبدالله بن عمر والحسن ابن علي - رضي الله عنهم - مثله). انظر: المذهب: ٤٣٤/١.

(٤) جاء في تحفة المحتاج: ٢٤٩/١: (ثم إن عندنا لا يرف يديه إلا في التكبيرة الأولى). انظر: الأصل: ٤٢٤/١، والمدونة: ١٧٦/١.

(٥) أثر عمر، رواه البيهقي عن عبدالله بن عمر وغيره: ٤٤/٤.

(٦) ذكر ابن قدامة: (أن أركان صلاة الجنازة ستة، وعد منها القراءة، لأنها صلاة يجب فيها القيام فوجب فيها القراءة كالظهر).

(٧) المذهب: ٢٤٧/١، والمجموع: ١٩٠/٥.

(٨) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٤٩/١: (وليس فيها قراءة الفاتحة أصلاً عندنا، لأنها ليست بصلاة حقيقية إنما شرعت الدعاء على الميت).

يقرأ على الجنازة بفاتحة الكتاب»،^(١) ولأنها صلاة يجب فيها القيام أشبهه سائر الصلوات.

٤٠٨ - مسألة: إذا أدرك الإمام وقد كبر، فإنه يكبر ولا ينتظر حتى يكبر ثانية،^(٢) وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: ينتظر. وبه قال أبو حنيفة،^(٣) وعن مالك كالْمُذْهَبَيْنِ^(٤) وجه الأولى: قوله ﷺ: «ما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا»،^(٥) وروي: فأتَمُوا. ولا يمكنه أن يصلي ما أدرك إلا بالإحرام، ولأنها صلاة أدركه فيها فلزمه الإحرام في الحال. دليله: سائر الصلوات.

٤٠٩ - مسألة: القيام شرط في صلاة الجنازة،^(٦) وبه قال الشافعي^(٧) خلافاً لأبي حنيفة.^(٨) دليلنا: أنها صلاة مفروضة أشبه سائر الفرائض.

٤١٠ - مسألة: إذا فاتته شيء من التكبير مع الإمام استحَبَّ له القضاء، وهو اختيار الخرقى. وفيه رواية أخرى: إن لم يقض لم تصح صلاته، وهي اختيار أبي بكر،^(٩) وبه قال أكثرهم وجه الأولى: ما روي عن عائشة أنها قالت:

(١) أخرجه الترمذي في جامعه: ٣/٣٤٥، والطبراني في المعجم الكبير: ١١/٣٩٢.
(٢) جاء في الكافي: ١/٢٦٣: (ومن سبق ببعض الصلاة فأدرك الإمام بين تكبيرتين دخل معه كما يدخل في سائر الصلوات، وعنه: أنه ينتظر تكبيرة الإمام فيكبر معه، لأن كل تكبيرة ركعة).

(٣) المذهب: ١/٢٤٩، الأصل: ١/٤٢٧، المدونة: ١/١٨١، الأم: ١/٢٧٥.

(٤) المدونة: ١/١٨١.

(٥) رواه البخاري: ١/٢٢٨، ورواه مسلم: ٥/٩٨ كتاب المساجد، والتزمذي: ٢/٢٨٧، باب المشي إلى المساجد، والنسائي: ٢/٨٨، كتاب الإمامة.

(٦) انظر: التوضيح: ١/٣٨٤.

(٧) جاء في المذهب: ١/٤٣٣: (ومن شرطها القيام). انظر: المجموع: ٥/١٧٨.

(٨) جاء في كشف القناع: ٢/١١٦: (ولا تصح صلاة الجنازة فرضاً من قاعد ولا راكب لفوات ركنها وهو القيام، وعلم منه: أن نفلها يصح من القاعد) فتح القدير: ٢/١١٨، وتحفة الفقهاء: ١/٢٤٩.

(٩) الكافي: ١/٢٦٣، المذهب: ١/٢٤٩.

«يا رسول الله إني أصلي على الجنازة ويخفى علي بعض التكبير فقال : ماسمعت فكبري ، وما فاتك فلا قضاء عليك»^(١) ولأن المقصود من الصلاة الدعاء، وقد قالوا: ما بينهما من الدعاء يسقط إذا خاف رفع الجنازة ويكبر متوالياً، فالتكبير أولى أن يسقط، ولأنها تكبيرات تتوالى حالة القيام أشبه تكبير العيد.

٤١١ - مسألة: يجوز أن يصلي على الجنازة من لم يصل عليها مع الإمام قبل الدفن وبعده،^(٢) وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبو حنيفة ومالك : لا تعاد الصلاة إلا إذا كان الولي حاضراً فيصلي غيره.^(٤) دليلنا: ما روى الأثرم بإسناده عن زيد بن ثابت قال : «خرجنا مع رسول الله ﷺ فلما وردنا البقيع إذ هو بقبر جديد فسأل عنه فقيل : فلانة فعرفها فقال : ألا أذنتموني، فقالوا : كنت قائلاً، وذكر الحديث إلى أن قال : فصفنا خلفه وكبر أربعاً»^(٥) وكل صلاة صحت قبل الصلاة عليه، كذلك بعدها كصلاة الولي والوالي.

فصل: ولا يصلى عليه بعد شهر، وحكي عن أبي حنيفة : إذا دفن قبل أن يصلي عليه الولي صلى عليه إلى ثلاث، واختلف أصحاب الشافعي^(٦) فعنهم كمذهبنا، وعنهم يجوز ما لم تبطل أكفانه. دليلنا: أن القياس كان يقتضي منع

(١) لم أقف على تخريجه.

(٢) قال ابن قدامة: (ومن فاتته الصلاة عليه حتى دفن صلى على قبره، لما روى ابن عباس أنه مر مع النبي ﷺ على قبر منبوذ فأمرهم وصلوا خلفه) متفق عليه.

(٣) جاء في حلية العلماء: ٢٩١/١: (وإن حضر من لم يصل عليه صلى على القبر. وقال أبو حنيفة ومالك: (لا يصلي على القبر إلا أن يكون قد دفن قبل أن يصلى عليه).

(٤) انظر: الأصل: ٤٢٨/١، المدونة: ١٨١/١، مختصر المزني: ص ٣٨، المذهب: ٢٤٩/١.

(٥) رواه أحمد في مسنده: ٣٨٨/٤، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٤٠/٢٢.

(٦) لقد اختلف أصحاب الشافعي في ذلك فقيل: (أ) إلى شهر (ب) ما لم يبطل (ج) يصلى عليه أبداً (د) يصلى عليه من كان من أهل الفرض عند موته. انظر: حلية العلماء: ٢٩١/١

الصلاة عليه في الجملة، ولأنه لو كان ذلك مشروعاً بعد الموت كان مشروعاً في الحياة كالدعاء له والصدقة والغسل، وإنما أطرحنا القياس في الشهر فما دون للأثر، والأثر: «أن النبي ﷺ صلى على قبر بعد شهر^(١) فبقي الباقي على حاله.

٤١٢ - مسألة: إذا مات رجل ولم يحضره إلا النساء صلين عليه جماعة، وتقف المرأة في وسطهن، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك: يصلين منفردات.^(٢) دليلنا: أنهن من أهل فرض الصلاة أشبه الرجال.

٤١٣ - مسألة: لا يصلي الإمام على قاتل نفسه، ولا الغال من الغنيمة خلافاً لأكثرهم.^(٣) دليلنا: ما روى جابر بن سمرة: «أن رجلاً قتل نفسه فلم يصل عليه رسول الله ﷺ»،^(٤) وروي: «أن النبي ﷺ امتنع من الصلاة على رجل من جهينة وقال أنه غل في سبيل الله ففتشوا متاعه فوجدوا خرزاً من خرز يهود يساوي درهمين»،^(٥) ولأن في الامتناع عن الصلاة ردعاً وزجراً لهم، لأن الإمام وأهل الفضل والشرف يرغب في دعائهم وتجري مجرى ما قال أبو حنيفة في أهل البغي: لا يصلى عليهم عقوبة لهم، وكما قال مالك في المقتول حداً.

٤١٤ - مسألة: يصلي الإمام على المقتول في الحد،^(٦) وبه قال الشافعي، وقال

- (١) رواه الترمذي: ١٣٣/٤، باب الصلاة على القبر، وقال البيهقي: (هذا مرسل صحيح).
(٢) جاء في المذهب: ٢٤٥/١: (وإذا اجتمع نسوة لا رجل معهن صلين عليه فرادى، لأن النساء لا يسن لهن الجماعة في الصلاة على الميت فإن صلين جماعة فلا بأس)، تحفة الفقهاء: ٢٥٣/١، الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٢٨/١.
(٣) الكافي: ٢٦٤/١ وما بعدها، الروض المربع: ٥٧/١ وقال الإمام مالك: (يصلى من قتل نفسه وإثمه على نفسه، ويصنع به ما يصنع بموتى المسلمين). المدونة: ١٧٧/١.
(٤) رواه أحمد في مسنده: ٩٦/٥، والترمذي في مسنده: ٣٨٠/٣، والحاكم في المستدرک: ٥١٨/١.
(٥) انظر: الموطأ: ٤٥٨/٢، والنسائي: ٦٤/٤، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٣٠/٥.
(٦) جاء في كشف القناع: ١٢٦/٢: (ويصلي الإمام على كل عاص كسارق وشارب خمر ومقتول قصاصاً أو حداً أو غيرهم، قال الإمام: ما تعلم أنه ﷺ ترك الصلاة على أحد إلا الغال وقتل نفسه).

مالك: لا يصلي عليه الإمام. ^(١) دليلنا: «أن النبي ﷺ رجم الغامدية وصلى عليها»، ^(٢) ولأنه قتل بحق فأشبهه القصاص.

٤١٥ - مسألة: لا يستر قبر الرجل بثوب عند الدفن، ^(٣) وبه قال أبو حنيفة ^(٤) خلافاً للشافعي. ^(٥) دليلنا: (ما روي عن علي أنه رأى رجلاً ستر قبره فجذبه وقال: إنما يصنع هذا بالنساء)، ^(٦) وأنه لو كان من سنته تغطيته لكان من سنته تغطية الجنازة كالمرأة.

٤١٦ - مسألة: يُسل الميت ^(٧) من قبل رأسه من عند رجلي القبر، وهو اختيار الخرقى، ^(٨) وبه قال السلف، وفيه رواية أخرى: من أسهل الجهات، وقال أبو حنيفة معترضاً: من جهة القبلة ولا يُسل. دليلنا: ما روى ابن شاهين في المناهي عن أنس أن النبي ﷺ قال: «يدخل الميت من قبل رجله يسلم سلاً» ^(٩) ولأنه يمد مداً فهو أسهل، فلهذا كان أولى.

(١) المدونة: ١٧٨/١، الأم: ٢٦٨/٢.

(٢) أخرجه النسائي في سننه الكبرى: ٣٠٤/٤، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢١٨/٨.

(٣) (ويكره أن يسجى قبر رجل .. لأن كشفه أبعد من التشبه بالنساء). انظر: كشف القناع:

١٣٢/١، وقال ابن قدامة: (ولا يخمر قبر الرجل ... ويستحب ذلك للنساء). الكافي: ٢٧٠/١.

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٥٦/١: (ويسجى قبر المرأة دون الرجل، لأن المرأة عورة، والمستحب أن يسجى القبر بثوب عند الدفن، لأن النبي ﷺ ستر قبر سعد بن معاذ بثوب عند الدفن). هذا الحديث رواه البيهقي من رواية ابن عباس - رضي الله عنهما -: ٥٤/٤ بإسناد ضعيف. والمشهور في المذهب أنه يستحب أن يسجى الغير بثوب عند الدفن سواء كان الميت رجلاً أم امرأة ..).

(٥) المذهب: ٤٤٨/١.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٥٤/٤.

(٧) المراد أن يدخله إدخالاً رقيقاً سهلاً بغير عنف ولا شدة جذباً ومنه سل الشعرة من العجين إذا أخرجها معه برفق لئلا تنقطع. [النظم: ١٣٧/١].

(٨) الكافي: ٢٦٩/١ حيث جاء فيه: (ويسلم الميت من قبل رأسه لأن النبي ﷺ سل من قبل رأسه)، وإن كان الأسهل غير ذلك فعل الأسهل.

(٩) أخرجه البيهقي في سننه: ٥٤/٤.

٤١٧ - مسألة: السنة تسنيم^(١) القبور،^(٢) وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: التسطیح هو السنة.^(٣) دليلنا: ما روى النجاد عن الحسن قال: «رأيت قبر النبي ﷺ مسنماً»،^(٤) ولأنه أبعد في الشبه بأبنية الدنيا والتسطیح يشبه أبنية الدنيا، وقد أخذ علينا المخالفة، ولهذا لا تزوق ولا تجصص.

٤١٨ - مسألة: يكره الجلوس قبل أن توضع الجنازة، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «إذا تبع أحدكم جنازة فلا يجلس حتى توضع»،^(٥) ولأن الجنازة متبوعة ومن معها تابع ولا يجلس التابع قبل متبوعه.

٤١٩ - مسألة: ويجوز تطيين القبور خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يطين.^(٦) دليلنا: «أن النبي ﷺ رُفِعَ قبره شبراً وطُيناً».^(٧) رواه النجاد بإسناده، ولأنه لو لم يفعل هذا تعفاً أثره وذهب بالرياح فصار ذلك كرش الماء عليه.

٤٢٠ - مسألة: فإن دفن قبل غسله نبش، وبه قال الشافعي،^(٨) وقال أبو حنيفة:

(١) التسنيم: هو أن يجعل أعلاه مرتفعاً، ويجعل جانباه ممسوجين مسندين، مأخوذ من سنام البعير. [النظم: ١٣٨/١].

(٢) قال ابن قدامة: (وتسنيمه أفضل من تسطيحه لما روى البخاري عن سفيان التمار أنه رأى قبر النبي ﷺ مسنماً، ولأن المسطح يشبه أبنية أهل الدنيا). انظر: الكافي: ٢٧٠/٢.

(٣) جاء في المذهب: ٢٥٦/١: (ويسطح القبر ويوضع عليه الحصى، لأن النبي ﷺ سطح قبر ابنه إبراهيم عليه السلام ووضع عليه حصى من حصى العرصة).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز: ١٢٨/٢.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٦/٤، والطبراني في المعجم الأوسط: ٤١٩/٢.

(٦) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٥٦/١: (والسنة في القبر أن يسنم ولا يربع ولا يطين، ولا يجصص).

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٤١٠/٣، وابن حبان في صحيحه: ٦٠٢/١٤.

(٨) قال الشيرازي: (فإن دفن من غير غسل أو إلى غير القبلة ولم يخش عليه الفساد في نبشه نبش وغسل وجهه إلى القبلة، لأنه واجب مقدور فعله فوجب فعله، وإن خشي عليه الفساد لم ينبش، لأنه تعذر فعله فسقط كما يسقط وضوء الحي). انظر: المذهب: ٢٥٦/١.

إذا أهيل عليه التراب لم ينبش . دليلنا: أنه فرض مقدور عليه أشبه إذا لم يهل التراب.

٤٢١ - مسألة: يكره المشي في المقبرة بنعلين^(١) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه لباس منهي عنه نصاً أشبه الخف في حق المحرم، ويزيد بالنهاي قوله ﷺ: «يا صاحب النعلين إخلعهما»^(٢).

٤٢٢ - مسألة: ويكره الاتكاء على القبر وتوطينه والجلوس عليه، وبه قال الشافعي^(٣) وقال مالك: لا يكره. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن جابر: «سمعت رسول الله ﷺ ينهي أن يُقعد على القبر، ويُبنى عليه»^(٤) ولأن في ذلك استخفافاً بصاحبه واستهانة به،^(٥) أشبه إذا قعد عليه للبول.

٤٢٣ - مسألة: إذا ماتت امرأة وعسر خروج الولد، فإنه لا يشق بطنها خلافاً للشافعي^(٦). دليلنا: قوله ﷺ: «كسر عظم الميت ككسره حياً»^(٧).

(١) قال ابن قدامة: (ويستحب لمن دخل المقابر خلع نعليه) انظر: الكافي: ٢٧٥/١.
(٢) روى بشير بن الخصامية قال: بينما أنا أماشي رسول الله ﷺ إذا رجل يمشي في القبور عليه نعلان فقال: «يا يا صاحب السبتين إلق سبتيك». والسبتان: نعلان لا شعر عليهما. رواه أبو داود في سننه: ١٩٤/٢، والنسائي: ٧٨/٤، وابن ماجه: ٤٩٩/١، وأحمد في مسنده: ٨٣/٥.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة: ٢٧٠/١ وما بعدها، وجاء في المذهب: ٢٥٩/١: (ولا يجوز الجلوس على القبر لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لأن يجلس أحدكم على حجرة فتحرق ثيابه حتى تخلص إلى جلده خير له أن يجلس على قبر» رواه مسلم: ٣٧/٧، كتاب الجنائز، وانظر: الأم: ٢٧٣/١.

(٤) قال ﷺ: «لا تصلوا على القبور ولا تجلسوا عليها» أخرجه مسلم في الجنائز: ٣٧/٧، وأبو داود: ١٩٤/٢، وأحمد في المسند: ١٣٥/٤.

(٥) جاء في المغني: ٥١٦/٣: (ويكره الجلوس عليها والاتكاء عليها، لما روى أبو مرثد قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تجلسوا على القبور ولا تعلوا عليها».

(٦) جاء في المذهب: ٢٥٧/١: (وإن ماتت امرأة وفي جوفها جنين حي شق جوفها، لأنه استبقاء حي بإتلاف جزء من الميت فأشبه إذا اضطر إلى أكل جزء من الميت).

(٧) أخرجه أبو داود في الجنائز: ١٩٠/٢، وابن ماجه في الجنائز: ٥١٦/١، وأحمد في مسنده: ٥٨/٦، ١٠٠، ١٠٥، ١٦٩.

ولأنه لا يتوصل إلى المقصود لأنه يموت بموت أمه والحركة التي فيه لخروج الروح كالمذبح، ولهذا قال [.....]^(١) ما من مولود في البطن إلا وتخرج روحه بخروج روح أمه، وإذا لم يحصل المقصود فلا معنى لشق البطن.

٤٢٤ - مسألة: وقت التعزية قبل الدفن وبعده، وبه قال الشافعي،^(٢) وقال أبوحنيفة: لا تعزية بعد الدفن. دليلنا: أنها حالة تمام الإياس من الميت فهي أشبه بذلك مما قبل الدفن.

(١) كلمة غير واضحة في النسختين.
(٢) جاء في حلية العلماء: ٢٩٦/١: (والتعزية قبل الدفن وبعده عقيبها. وقال الثوري: لا يعزى بعد الدفن).

كتاب الزكاة^(١)

٤٢٥ - مسألة : إذا زادت الإبل على عشرين ومائة، ففي كل خمسين حقة^(٢)، وفي كل أربعين بنت لبون^(٣)، وبه قال الشافعي وداود،^(٤) وقال أبو بكر: لا شيء في زيادتها حتى تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وبنتا لبون، وحكاه عن أحمد وعن مالك كالمذهبين^(٥)، وقال أبو حنيفة : يستأنف الفريضة، ففي كل خمس شاة، وفي مائة وخمس وعشرين حقتان وشاة، وكذلك كلما زادت خمساً، فإذا بلغت مائة وخمسة وأربعين فحقتان وبنت مخاض، وفي مائة وخمسين ثلاث حقاك فيتناقص هاهنا، ثم يستأنف الفريضة في كل خمس شاة، إلى خمسة وسبعين فثلاث حقاك وبنت مخاض، وفي ستة وثمانين ثلاث حقاك وبنت لبون، وفي مائتين أربع حقاك، وجه الأولى : ما روى أحمد بإسناده أن «أبا بكر كتب فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ إلى أن قال : فإذا زاد على

(١) الزكاة لغة : النماء والزيادة .. انظر: معجم مقاييس اللغة مادة (ز ك ي).

وشرعاً : (حق واجب في مال خاص لطائفة مخصوصة في وقت مخصوص). انظر: الروض المربع : ١٦٤/١، مغني المحتاج : ٣٦٨/١.

(٢) الحقة : هي التي لها ثلاث سنين ودخلت في الرابعة، وسميت بذلك، لأنها استحققت أن تتركب ويحمل عليها ويطرقها الفحل. انظر: الدر النقي : ٣٢١/٢، والمجموع : ٣٤٧/٥، والنظم : ١٤٥/١.

(٣) بنت لبون : هي التي لها سنتان ودخلت في الثالثة، وسميت بذلك، لأن أمها وضعت غيرها وصارت ذات لبن. انظر: المجموع : ٣٤٧/٥، والنظم : ١٤٥/١، وشرح كفاية المتحفظ : ص ٢٤٩.

(٤) انظر: الروض المربع : ص ١٦٦، الكافي : ٢٨٨/١، الأم : ٥/٢، الوجيز : ٨٠/١، المجموع : ٣٤٤/٥.

(٥) نصاب الإبل كالتالي : (١) أقل من خمسة لا شيء فيها. (٢) في الخمسة شاة حتى تصل إلى التاسعة. (٣) في العشرة شاتان. (٤) في ١٥ ثلاث شياه. (٥) في ٢٠ أربع شياه. (٦) في ٢٥ بنت مخاض. (٧) في ٣٦ بنت لبون. (٨) في ٤٦ حقة. (٩) في ٦١ جدعة. (١٠) في ٧٦ بنتا لبون. (١١) في ٩١ حقتان. (١٢) في ١٢١ ثلاث بنات لبون.

العشرين ومائة ففي كل أربعين ابنة لبون، وفي كل خمسين حقة»^(١)، وفي لفظ آخر رواه أبو داود عن ابن شهاب قال: «هذه نسخة كتاب رسول الله إلى أن قال: فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون»^(٢)، ولأننا نفرض الكلام في الخمسين ومائة فنقول كل موضع وجب فيه عدد من الحقائق وجب أن يتقدمه كعده من بنات لبون كإحدى وتسعين، ولأن ما بين إحدى وتسعين إلى مائة وعشرين وقص حد، فالشرع يحد من جنس يتغير الفرض فيه بالسن والعدد فيعتبر بالواحدة كأوقاص الإبل والبقر وفيه احتراز من الغنم.

٤٢٦ - مسألة: إذا وجب عليه ابنة مخاض وليست في إبله ولا ابن لبون اشترى ابنة مخاض، ذكره ابن حامد،^(٣) وبه قال مالك،^(٤) وقال الشافعي: الخيار إليه في شراء ابنة مخاض أو ابن لبون.^(٥) دليلنا: أنهما قد استويا في سن الوجود فلا يجزئ فيه ابن لبون كما لو كان في ملكه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٥٢٧/٢ و ٨٨٠/٢، وأبو داود في السنن: ٩٦/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٠٥/٤، وأحمد في المسند: ١١/١.

(٢) أخرجه أبو داود في السنن: ٩٨/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٩٠/٤، والدارقطني في السنن: ١١٦/٢.

(٣) جاء في الكافي: ٢٨٨/١: (ومن وجبت عليه فريضة مقدمها فله أن يخرج فريضة أعلى منها بسنة فيأخذ شاتين أو عشرين درهماً، أو فريضة أدنى منها بسنة ومعها شاتان أو عشرين درهماً... إلى أن قال: وإذا عدم بنت المخاض لم يقبل منه فصيل بجبران ولا غيره، لأنه ليس بفرض ولا أعلى منه).

(٤) جاء في المدونة: ٣٥١/١ (قال: وقال مالك في الساعي: إذا أتى الرجل فأصاب له خمساً وعشرين من الإبل، ولم يجد فيها بنت مخاض ولا ابن لبون ذكر: إن على رب الإبل أن يشتري للساعي بنت مخاض على ما حب أو كره إلا أن يشاء رب الإبل أن يدفع إليه منها ما هو خير من بنت مخاض فليس للمصدق أن يرد ذلك).

(٥) جاء في المهذب: ٢٧١/١ (وإن لم يكن عنده بنت مخاض ولا ابن لبون فله أن يشتري بنت مخاض ويخرج، لأنه أصل فرضه، وله أن يشتري ابن لبون ويخرج، لأن ليس في ملكه بنت مخاض).

٤٢ - مسألة: تجب الزكاة في النصاب دون العفو، وبه قال أبو حنيفة،^(١) وقال مالك في إحدى روايتيه والشافعي^(٢) في أحد قوليه: تجب فيهما. دليلنا: ما روى أبو عبيد في الأموال بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «الأوقاص لا صدقة فيها وقال هي ما بين الفريضتين»^(٣)، ولأن العفو عدد ناقص عن النصاب يجب بوجوده فرض مبتدأ فلا يتعلق به الوجوب. دليله ما دون النصاب الأول.

٤٢ - مسألة: يؤخذ من الأمراض مريضه^(٤)، ومن الصحاح صحيحه، ذكره ابن حامد، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال مالك: لا تجزئ المريضة، وهو اختيار أبي بكر. دليلنا: قوله ﷺ «اتق كرام أموالهم»^(٦)، ولأنه مال تجب فيه الزكاة من جنسه، فإذا كان ردياً أجزأ الإخراج منه كالحبوب.

٤٢ - مسألة: فإن أخرج الحامل أو الأعلى عن الأدنى أجزأ^(٧)، وقال أبو داود: لا يجزئه. دليلنا: «ما روي أن رجلاً وجب عليه ابنة مخاض فدفع ناقة قنية سميئة عظيمة، فقال له النبي ﷺ: ذلك الذي وجب عليك، فإن تطوعت بخير أجرك الله وقبلناه وقبلها منه»^(٨)، ولأنه دفع من الجنس الواجب وزاد خيراً

(١) البدائع: ٨٦٨/٢، وفتح القدير: ١٩٧/٢، والمبسوط: ١٧٦/٢.

(٢) المجموع: ٣٥٤/٥، والمزني: ص ٤١، والمهذب: ٢٦٩/١، والمدونة: ٣٥٦/١.

(٣) عن معاذ بن جبل رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «ليس في ثوب الأوقاص شيء».

انظر: المعجم الكبير للطبراني: ١٦٨/٢٠.

(٤) قال ابن قدامة: (وإن كان كله مريضاً أخذت مريضة منه، وقال أبو بكر: لا يؤخذ إلا صحيحه بقيمة المريضة). انظر: الكافي: ٢٩٤/١.

(٥) المهذب: ٤٨٧/١.

(٦) عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما بعث معاذ إلى اليمن فقال إنك تأتي... إلى أن قال: «فأيك وكرائم أموالهم..» الحديث. وفي لفظ آخر: «وتوق كرائم أموال الناس». انظر: صحيح البخاري: ٥٢٩/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٠١/٤، وأحمد في مسنده: ٢٣٣/١.

(٧) الكافي لابن قدامة: ٢٩٤/١.

(٨) أخرجه أبو داود عن أبي بن كعب في كتاب الزكاة: ٣٦٥/١، ورواه الإمام أحمد في المسند: ١٤٢/٥.

أشبهه إذا دفع سميئة عن مهزولة.

٤٣٠ - مسألة: إذا أخرج عن الخمس من الإبل واحداً منها لم تجزأه^(١)، وبه قال مالك وداود خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي^(٣). دليلنا: أنها فريضة لو أخرج عنها الغنم أجزأه فلا تجزيه الإبل كالغنم.

٤٣١ - مسألة: تجب الزكاة بحلول الحول وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه^(٤)، وعنه قول آخر: لا تجب إلا بعد إمكان الأداء.^(٥) دليلنا: «قوله لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول»^(٦)، وهذا قد حال عليه الحول، ولأن ما بعد الحول يملك الإمام فيه المطالبة، أو يحتسب من الحول^(٧) الثاني، أشبهه بعد إمكان الأداء.

فصل: إذا هلك المال بعد الحول لم تسقط الزكاة^(٨) وقال أبو حنيفة:

(١) قال ابن قدامة: (وصارت الشياة أصلاً، لو أخرج مكانها إبلاً لم يجز، لأنه عدل المنصوص عليه إلى غير جنسه فلم يجزئه)، الكافي: ٢٨٦/١.

(٢) فتح القدير: ج ١، ص ١٩٢ وما بعدها.

(٣) جاء في المذهب: ٢٧٠/١: (من ملك من الإبل دون الخمس والعشرين فالواجب في صدقته الغنم، وهو مخير بين أن يخرج الغنم وبين أن يخرج بغيراً، فإذا أخرج الغنم جاز، لأنه هو الفرض المنصوص عليه، وإن أخرج البعير جاز، لأن الأصل في صدقة الحيوان أن يخرج من جنس الفرض، وإنما عدل عن الغنم ههنا رفقاً برب المال).

(٤) الكافي: ٢٨١/١، وفتح القدير: ١٥٣/٢، والمدونة للكبرى: ٣٥٦/١، والمذهب: ٢٦٥/١.

(٥) المذهب: ٤٧١/١ حيث جاء فيه: (إذا ملك النصاب وحال عليه الحول ولم يمكنه الأداء ففيه قولان: قال في القديم: لا تجب الزكاة قبل إمكان الأداء [أي الخراج] فعلى هذا تجب الزكاة بثلاثة شروط: الحول، والنصاب، وإمكان الأداء. والدليل عليه أنه لو هلك المال لم يضمن زكاته).

(٦) رواه الدارقطني: ٩٢/٢، وابن ماجه: ٥٧١/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٩٥/٤.

(٧) جاء في بداية المجتهد: ٣/٢: (وهذا مجمع عليه عند فقهاء الأمصار، وليس في الصدر الأول خلاف إلا ما روي عن ابن عباس ومعاوية).

(٨) جاء في الكافي: ٢٨٢/١: (إذا تلف النصاب بعد الحول لم تسقط الزكاة سواء فرط أو لم يفرط).

تسقط. وقال الباقر: إن كان قبل إمكان الأداء تسقط. دليلنا: أنها زكاة واجبة فلا تسقط بالهلاك كما لو طالب بها الإمام زكاة الفطر. ونخص مالك والشافعي^(١) بأنه لو أتلغه لم تسقط الزكاة، فإذا تلف لم تسقط كما لو لم يمكن من الأداء.^(٢)

٤٣ - مسألة: تجب الزكاة في المال^(٣)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليه: تجب في الذمة.^(٤) دليلنا: إنها تختلف باختلاف المال فكانت فيه، ولأنها تسقط بهلاكه وعكسه الدين والفطرة.

٤٣ - مسألة: يجوز للإنسان أن يتولى إخراج زكاته بنفسه^(٥)، وبه قال الشافعي في الجديد^(٦)، وقال في القديم: لا يتولى إخراج زكاة أمواله الظاهرة، وبه قال أكثرهم. دليلنا: أنه مال يخرج على وجه الطهرة أشبه زكاة المال الباطن، ولأن الفقير يدفع إليه زكاة المال الباطن، كذلك الظاهر كالإمام.

(١) انظر: بداية المجتهد: ٧/٢ وما بعدها، والمهذب: ٤٧٠/١ وما بعدها، وحلية العلماء: ٣٠٧/١.

(٢) سبب الخلاف: هل الزكاة تجب بالحول أم تجب بإمكان الأداء؟.

(٣) الحنابلة عندهم روايتان: إحداهما: أنها تجب في الذمة. والثانية: تتعلق بالعين (الكافي: ٢٨٢/١).

(٤) جاء في المهذب: ٤٧٣/١: (وهل تجب الزكاة في العين أو في الذمة؟ قولان: قال في القديم: تجب في الذمة والعين مرتبهة بها، وجهه: أنها لو كانت واجبة في العين ولم يجز أن يعطى حق الفقراء من غيرها كحق المضارب والشريك).

وقال في الجديد: تجب في العين وهو الصحيح؛ لأنه حق يتعلق بالمال فيسقط بهلاكه فيتعلق بعينه كحق المضارب). انظر: المجموع: ٣٤٣/٥.

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٠٥/١: (وأما ركن الزكاة فهو إخراج جزء من النصاب من حيث المعنى إلى الله تعالى والتسليم إليه، وقطع يده عنه بالتملك من الفقير والتسليم إليه أو إلى من هو نائب عنه وهو الساعي).

(٦) جاء في المهذب: ٥٥٢/١: (يجوز لرب المال أن يفرق زكاة الأموال الباطنة بنفسه).

٤٣٤ - مسألة: الزكاة لا تسقط بالموت ، وبه قال الشافعي ^(١) خلافاً لأكثرهم.

دليلنا: أنه حق مال استقر عليه في حال حياته أشبه دين آدمي ، يؤكد هذا قوله ﷺ : « فدين الله أحق أن يقضى » ^(٢).

٤٣٥ - مسألة: إذا زادت البقر ^(٣) على أربعين فلا شيء فيها حتى تبلغ ستين

فيجب تبيعان ، وبه قال أكثرهم ^(٤) ، وقال أبو حنيفة في أحد الروايات: كمذهبنا ، وفي الأخرى : إذا بلغت أربعين ففيها مسنة ، فإذا بلغت خمسين ففيها مسنة وربع ، وفي رواية ثالثة : ما زاد على الأربعين ففيه بالحساب وعليها يناظرون ^(٥). دليلنا: قوله ﷺ في حديث معاذ : « في ثلاثين تبيع ، وفي أربعين مسنة ، وفي ستين تبيعان ، ولا شيء فيما بين ذلك » ^(٦) ، ولأنه مال فيه

(١) جاء في الممتع شرح المقنع: ٩٨/٢ : (وإذا مات من عليه الزكاة أخذت من تركته ، فإن كان عليه دين اقتسموا بالحصص).

(٢) أخرجه البخاري: ٦٥٧/٢ ، ومسلم : ٢٣/٨ .

(٣) البقر: اسم جنس ، واحدته بقرة ، وبقورة ، وتقع البقرة على الذكر والأنثى - هذا هو المشهور - وقيل غيره ، وهو مشتق من بقرت الشيء إذا شققته لأنها تشق الأرض بالحراثة . المجموع : ٣٨٣/٥ .

(٤) إذا بلغت البقر ثلاثين فيجب فيها تبيع أو تبعة ، وهي التي لها سنة ، وفي أربعين مسنة ، وهي التي لها سنتان ، وفي الستين تبيعان . انظر: الممتع : ١٠٨/٢ ، والروض المربع : ص ١٦٩ .

(٥) جاء في تحفة الفقهاء : ٢٨٣/١ وما بعدها : (ليس في أقل من ثلاثين من البقر صدقة ، فإذا بلغت ثلاثين ففيها تبيع أو تبعة ، ولا شيء في الزيادة إلى تسع وثلاثين ، فإذا صارت أربعين ففيها مسنة - وهذا بلا خلاف بين الأمة .

فإذا زادت على الأربعين فقد اختلفت الروايات فيها عن أبي حنيفة :

(أ) ذكر في ظاهر الرواية : أنها تجب مسنة وفي الزيادة بحساب ذلك - إلى الستين .

(ب) وروى الحسن عن أبي حنيفة : أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ، ففيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع إلى الستين .

(ج) وروى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة أنه قال : لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين فيكون فيها تبيعان أو تبيعتان ، وهو قول أبو يوسف ومحمد والشافعي . وهذه الرواية أعدل لما روي عن معاذ أنه قيل له : ماذا تقول فيما بين الأربعين إلى الستين من البقر ؟ فقال : تلك أوقاص أو لا شيء فيها) .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده : ٢٤٠/٥ .

وقص بعد النصاب الأول ، فكان فيه وقص بعد الثاني كالإبل والغنم ، وعكسه الحبوب والأثمان.

٤٣ - مسألة: الزكاة تتعلق ببقر الوحش خلافاً لإحدى الروایتين^(١) ولأكثرهم. دليلنا: «قوله في ثلاثين من البقر تبيع»، ولأنها أحد نوعي الزكاة أشبه زكاة القيمة.

٤٣ - مسألة: إذا ملك عشرين من الغنم حوامل ثم توالدت، فالحول منذ كمل النصاب^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال مالك: من يوم ملكها^(٣)، وعن أحمد نحوه. دليلنا: إنها زيادة كمل بها النصاب الأول فكان الحول منها كأولاد غير ملكه.

٤٣ - مسألة: المستفاد في أثناء الحول بابتياح وهبة وإرث يستأنف له الحول^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أكثرهم^(٦): يضمه إلى ماله في الحول. دليلنا: ما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس في مال المستفد زكاة»^(٧)، ومعلوم أنه لم يرد ماله المتقدم لم يبق إلا أنه أراد

(١) قال ابن قدامة: (ولا زكاة في الوحش، وعنه في بقر الوحش الزكاة لدخولها في اسم البقر). انظر: الكافي: ٢٨٣/١.

(٢) الكافي: ٢٨٤/١، والروض المربع: ١٦٦/١، والمهذب: ٢٦٥/١.

(٣) جاء في المدونة: ٣٥٦/١: (أرأيت لو أن رجلاً له ثلاثون من الغنم توالدت قبل أن يأتيه المصدق بيوم فصارت أربعين أترى أن يزكيها عليه الساعي أم لا ؟ فقال : يزكيها عليه، لأنها توالدت فأولادها منها فلا بد من الزكاة ...).

(٤) جاء في الممتع: ٩١/٢: (فإذا استفاد مالا فلا زكاة فيه حتى يتم عليه الحول إلا نتاج السائمة وبيع التجارة).

(٥) قال النووي: (المال المستفاد في أثناء الحول بشراء أو هبة أو نحوهما ، مما يستفاد لا من نفس المال لا بجمع إلى ما عنده في الحول). انظر: المجموع: ٣٢٩/٥، والأم: ١٦/٢.

(٦) البدائع: ٨٣٤/٢، وتحفة الفقهاء: ٤٣٣/١، والمبسوط: ١٦٤/٢.

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه: ٩٠/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٠٤/٤.

المستفاد، ولأنه أصل في نفسه ليس بعوض عن ملكه فلم يبين حوله على حول غيره كما لو كان من غير الجنس .

٤٣٩- مسألة : تجب الزكاة في الحملان والسخال بانفرادها، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى : لا تجب حتى تكون مع الكبار، وبه قال أبو حنيفة^(١) وجه الأولى: قول أبي بكر : «لو منعوني عناقاً كانوا يؤدونها إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم عليها»^(٢)، ولأن ما صلح للوصل صلح للأصل إذا تم عدده كالأمهات .

٤٤٠- مسألة : ولا تجزئ في الغنم إذا كانت كبار إلا الجذعة من الضأن والثني من الماعز، ذكره الخرقى^(٣) في مختصره ، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٤) : لا يجزئ منها إلا الثنية، وقال مالك : الجذعة.^(٥) دليلنا: ما روى ابن بطة بإسناده عن أبي سعيد الدبلي إما عن نفسه، وإما عن أبيه قال : «كنت جالساً في ناحية مكة في غنم لي فجاء زيد فسلم وأنا بين ظهري غنم فقلت من أنت ؟ فقال : رسول رسول الله ﷺ . فقلت : مرحباً برسول الله ﷺ ورسول رسوله، وأهلاً ما تريد . فقال : أريد صدقة غنمك. قال : فجئته بشاة ماخض خير ما وجدت . قال : ليس حقنا في هذه، قلت : فيم حقك ؟ قال : في الثنية والجذعة»^(٦)، ولأنه حق مقدر بالشرع متعلق بنوع من الحيوان فأجزأ فيه

(١) الممتع: ٩٣/٢، والأصل: ٤/٢، والأم: ١٠/٢، والمدونة: ٣١٢/١. قال أبو حنيفة ومحمد: (ليس في الحملان والفصال صدقة).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: ٥١/١.

(٣) الروض المربع: ١٦٩/١.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢٨٧/١.

(٥) المدونة: ٣٥٥/١.

(٦) جاء في سنن أبي داود: ٣٦٤/١ بإسناده عن سعد بن ديسم قال : كنت في غنم لي فجاءني رجلان على بعير فقالا: «إنا رسولا رسول الله ﷺ إليك...». وأخرجه النسائي في سننه: ٢٣/٥، وأحمد في مسنده: ٤١٤/٣-٤١٥. واختلف في اسمه فقيل: سعد بن ديسم، وقيل: سعد بن دسيم، وقيل: سعد بن دليم. انظر: عون المعبود: ١٥/٢.

الجذعة من الضأن كالأضاحي، ويخص مالك بأن الجذعة من المعز لا تجزئ في الأضاحي فلا تجزئ في زكاة غنم فيها ما يجزئ في الأضاحي كالفصيل .

٤٤ - مسألة : إذا كانت في غنمه إناث لم يجزأ إخراج الذكر، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢) دليلنا : أنه حيوان تجب فيه الزكاة من حين يستوي فيه الفرض الأول والثاني في الصفة، فيجب أن لا يخرج عن الإناث كالإبل ولا يلزم البقر، لأنه لا يستوي فيه الفرض الأول والثاني، لأن الأول ثلاثون والثاني أربعون .

٤٤ - مسألة : إذا ضل ماله أو غصب^(٣)، أو جحده إياه المودع، أو دفنه ونسى موضعه، وجب فيه الزكاة بحلول الحول ويخرج إذا عاد إلى يده، وبه قال الشافعي في الجديد، وفيه رواية أخرى : لا شيء فيه، وبه قال أبو حنيفة والشافعي^(٤) في القديم، وقال مالك^(٥) : يزكيه لسنة واحدة وجه الأولى : وهي اختيار الخرقى وأبي بكر أن ملكه باقٍ، وإنما أزيلت يده عنه وحيل بينه وبينه، وهذا لا يمنع الوجوب كما لو أسره العدو، وكالدين في ذمة مفلس، وكما لو نسيه في داره، وكالدين المؤجل والمال المرهون.

- (١) الكافي لابن قدامة: ٢٩١/١ ، وجاء في الممتع: ١٠٨/٢ (ولا يجزئ الذكر في الزكاة في غير هذا إلا ابن اللبون مكان بنت مخاض إذا عدها، إلا أن يكون النصاب كله ذكوراً فيجزئ الذكور في الغنم وجهاً واحداً، وفي الإبل والبقر في أحد الوجهين).
- (٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٨٧/١ : (وأما الغنم فيجوز فيه، عندنا، الذكر والأنثى).
- (٣) قال ابن قدامة: (وفي المغصوب والضال روايتان، إحداهما: لا زكاة فيه، لأنه خارج عن يده وتصرفه أشبه دين الكتابة، ولأنه غير تام فأشبه الحل. والثانية: فيه الزكاة، لأن الملك فيه مستقر ويملك المطالبة به فوجبت الزكاة فيه كالدين على مليء). انظر: الكافي: ٢٧٩/١ .
- (٤) قال الشيرازي: (وأما المال المغصوب والضال فلا تلزمه زكاته قبل أن يرجع إليه، فإن رجع إليه من غير نماء ففيه قولان). المذهب: ٢٦٣/١ ، والأم: ٢٥/٢ ، والمدونة: ٣٣٨/١ .
- (٥) جاء في بداية المجتهد: ٦/٢ : (وأما المال الذي هو في الذمة: أعني ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين، فإنهم اختلفوا فيه أيضاً: فقوم قالوا: لا زكاة فيه وإن قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول، وهو أحد قولي الشافعي، وبه قال الليث. وقال مالك: يزكيه لحول واحد وإن قام عند المديان سنين).

٤٤٣ - مسألة : إذا وجب عليه زكاة ثم ارتد لم تسقط عنه، وبه قال الشافعي^(١) وقال أبو حنيفة: تسقط. دليلنا: أنه حق واجب في المال فلا يسقط بالردة كديون الآدم، ولا يلزم سقوط الصداق عن الزوج قبل الدخول، لأنه سقط بالانفساخ لا بالردة .

٤٤٤ - مسألة : تجب الزكاة في المتولد من بين البقر الأهلي والوحشي^(٢)، وكذلك الغنم والطبي، ذكره أبو بكر في الخلاف، وقال الشافعي^(٣) : لا زكاة، وقال أبو حنيفة وأصحاب مالك : إن كانت الأمهات أهلية ففيه الزكاة. دليلنا: أنه متولد من بين أبوين تجب الزكاة في أحدهما، فوجب فيه الزكاة كما لو كان أحدهما معلوفاً والآخر سائماً، وكما لو كانت الأمهات أهلية.

٤٤٥ - مسألة : للخلطة^(٤) تأثير في إيجاب زكاة المواشي^(٥)، وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لأبي حنيفة^(٧). دليلنا: ما روي عن ابن عمر أنه قال : «كتب رسول الله ﷺ في الصدقة فلم يخرجها إلى عماله حتى توفى فأخرجها أبو بكر

- (١) المذهب: ٢٦٠/١. جاء في حلية العلماء: ٢٩٧/١: (وأما المرتد فلا يسقط عنه بالردة ما وجب عليه من الزكاة في حال إسلامه. وقال أبو حنيفة: يسقط عنه به).
- (٢) انظر: الكافي: ٢٨٣/١.
- (٣) جاء في حلية العلماء: ٢٩٨/١: (ولا تجب الزكاة فيما تولد بين الظباء والغنم، وبين بقر الوحش وبقر الأهل).
- وقال أبو حنيفة: هو تابع للأم في الزكاة والأضحية ووجوب الجزاء، فإن كانت الأمهات من الغنم وجب فيها الزكاة.
- وقال أحمد: تجب الزكاة فيه بكل حال).
- (٤) الخلطة: بضم الخاء، هو أن يجعل مال الرجلين أو الجماعة كمال الرجل الواحد. انظر: المجموع: ٤٠٦/٥.
- (٥) جاء في التوضيح للشويكي: ٤١٠/١: (ولا تؤثر خلطة في غير سائبة نصاً. وعنه تؤثر في خلطة ٦ أعيان، وقيل وأوصاف). انظر: الفروع: ٣٩٨/٢، والمبدع: ٣٣٥/٢، والشرح الكبير: ٦٣/١، والإنصاف: ٨٣/٣.
- (٦) انظر: الكافي: ٢٨٥/١، والممتع في شرح المقنع: ١١٦/٢، والمذهب: ٤٩٣/١، والأم: ١٣/١.
- (٧) انظر: المبسوط: ١٥٣/٢، وبدائع الصنائع: ٨٦٨/٢.

بوصيته»^(١)، وكان فيها لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق مخافة الصدقة، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية، ولا يؤخذ حرمة ولا ذات عيب من الغنم، وهذا يقتضي إذا كان لنفسين ثمانين من الغنم متفرقة لا يجوز اجتماعهما، وعندهم يجوز، وإذا كان أربعين مجتمعة لنفسين أن لا يفرق بينهما، وعندهم يجوز . دليلنا: ما أتى من الخبر أنه ذكر التراجع وهذا إنما يصح على قولنا في خلطة الأوصاف، لأن الساعي إذا أخذ الزكاة الواجبة في مال أحدهما من مال الآخر كان له أن يرجع على صاحبه بقدر ما يجب عليه، وعندهم لا يتصور ذلك، وأيضاً فإن النصاب الواحد عدد من الماشية لو وجد على مالك واحد جاز أن يتعلق به الزكاة، فإذا وجد على مالك اثنين جاز أن يتعلق به كالثمانين.

فصل: ولا فرق بين أن يبلغ ملك كل واحد منهما نصاباً، أو لا يبلغ^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال مالك: إنما يؤثر إذا بلغ حصة كل واحد نصاباً^(٤).

(١) أخرجه البخاري عن ابن عمر (١٤٥٠) ٣/٣١٤، وسنن أبي داود: ٩٨/٢ رقم ١٥٦٨، وجامع الترمذي: ١٧/٣ رقم ٦٢١، وسنن الدارمي: ٤٦٦/١ رقم ١٦٢٦، ومسند أحمد: ١٤/٢، والمستدرک علی الصحیحین للحاکم: ٥٤٩/١ رقم ١٤٣٣، وصحيح ابن خزيمة: ١٩/٤ رقم ٢٢٦٧.

(٢) جاء في الممتع: ١١٧/٢: (أن يكون في نصاب فلو كان المجموع أقل من نصاب مثل أن يشتركا في ثلاثين من الغنم لم تؤثر الخلطة سواء كان لهما مال سواء أو لم يكن، لأن المجموع دون النصاب فلم تجب الزكاة)، المذهب: ٢٧٨/١.

(٣) ذكر الشيرازي شروط الخلطة على النحو التالي:

(أ) أن يكون الشريكان من أهل الزكاة. (ب) أن يكون المال المختلط نصاباً.
(ج) أن يمضي عليهما حول كامل. (د) أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في المراح.
(هـ) أن لا يتميز أحدهما في المسرح. (و) أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في المشرب.
(ز) أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في الراعي. (ح) أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في الفحل.
(ط) أن لا يتميز أحدهما عن الآخر في المحلب. انظر: المذهب: ٢٧٨/١.

(٤) جاء في المدونة: ٣٧٠/١: (وإنما يكونان خليطين إذا كانت في ماشية كل واحد منهما ما تجب فيه الزكاة، فإن كان في ماشية أحدهما ما تجب فيه الزكاة ولم يكن في ماشية الآخر ما تجب فيه الزكاة فليسا بخليطين).

دليلنا: أن النصابين تتعلق بهما الزكاة على صفة، وتزيد به الخلطة فتعلق بأحدهما على تلك الصفة كما لو كانت على مالك واحد تتعلق بهما على صفة وهو زكاة الانفراد، وتتعلق بأحدهما أيضاً.

فصل: ولا يضم أحدهما إلى الآخر في الحول إذا ثبت لأحدهما حكم الانفراد سواء اتفق الحولان أم اختلفا^(١)، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي^(٢)، وقال مالك^(٣): حول الخليطان حول واحد وإن اختلفا قبل آخر الحول بشهر. دليلنا: أنه مال ثبت له حكم الانفراد في شيء من الحول أشبه إذا تفرقا في آخره.

فصل: ولا تؤثر الخلطة فيما عدا المواشي^(٤)، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى: تؤثر في جميع الأموال، وبه قال الشافعي في الجديد^(٥). دليلنا: ماتقدم من الخبر، وأنه قال: والخليط ما اجتمع عليه الفحل والرعي فدل على اختصاصه بهذا النوع، ولأن الخلطة إنما تؤثر فيما يستضر به المالك دفعه وينتفع أخرى، وهذا إنما يكون في الماشية فأما ما عداها فلا.

٤٤٦ - مسألة: إذا كان له أربعون من الغنم في بلدين متباعدين لم تلزمه

(١) انظر: الكافي: ٢٩٧/١.

(٢) انظر: المهذب: ٤٩٦/١، والمجموع: ٤١٧/٥.

(٣) انظر: بداية المجتهد: ٢٨/٢ وما بعدها.

(٤) جاء في الممتع: ١١٧/٢، ١٢٨: (ورابعها: أن يكون في الماشية فلا تؤثر الخلطة في غيرها، لأن الزكاة في الماشية تقل بجمعها تارة وتكثر تارة، وسائر الأموال تجب فيما زاد على النصاب بحسابه فلا أثر لجمعها، ولأن الخلطة في الماشية تؤثر في النفع تارة وفي الضرر تارة أخرى، فلو اعتبرناها في غير الماشية أثرت ضرراً محضاً برب المال فلا يجوز اعتبارها).

(٥) جاء في المهذب: ٥٠١/١: (فأما الخلطة في غير المواشي وهي الأثمان والحبوب والثمار ففيها قولان: قال في القديم: لا تأثير للخلطة في زكاتها، لأن النبي ﷺ قال: «والخليطان ما اجتماعا على الحوص والفحل والرعي ..» الخ.

وقال في الجديد: تؤثر الخلطة لقوله ﷺ: «لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع»، ولأنه مال تجب فيه الزكاة فأثرت الخلطة في زكاتها كالماشية، ولأن المالكين كالمال الواحد في المؤن فهي كالمواشي.

الزكاة^(١) ولو كان ثمانون في بلدين متباعدين لزمه شاتان، وقال أكثرهم: يضم ماله إلى ماله كالبلد الواحد. دليلنا: أنه إذا كان له أربعون في بلدين كثرت المؤونة، وقد بينا أن لكثرة المؤونة تأثير في الإسقاط بدلالة أن ما سقي بكلف فيه نصف ما سقي بالسبيح، وكذلك المعلوفة لا شيء فيها، كذلك هاهنا.

٤٤٧ - مسألة: تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: ما روى الأثرم بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «في مال اليتيم زكاة»^(٤)، ولأن من وجب العشر في زرع أو لزمه زكاة الفطر فهو كالبالغ العاقل^(٥).

٤٤٨ - مسألة: يجوز تعجيل زكاة المال قبل الحول^(٦)، وبه قال أكثرهم خلافاً

(١) انظر: الممتع: ١٢٦/٢ وما بعدها.

(٢) جاء في الكافي: ٢٨١/١: (وتجب الزكاة في مال الصبي والمجنون، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ابتغوا في أموال اليتامى كيلاً تأكلها الزكاة» أخرجه الترمذي وفي إسناده مقال)، وانظر: الممتع: ١٩٧/١، والأم: ٤٨١/٢، والمجموع: ٢٩٦/٥.

(٣) بدائع الصنائع: ٤٨١/٢، والمبسوط: ١٦٢/٢.

(٤) أخرجه الدارقطني في السنن: ١١٠/٢.

(٥) هذه مسألة خلافية وهي هل تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون أم لا؟ على قولين: القول الأول: لجمهور الفقهاء وهو أنه تجب الزكاة في مالهما لعموم قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا﴾. فالحق سبحانه لم يخص مالها دون مال...، ولأنه حق مالي يتعلق بالنصاب فتجب عليهما. راجع الأم: ٢٩/٢، والمجموع: ٢٩٧/٥. والقول الثاني: للأحناف ومن سلك مسلكهم وهو أنه لا تجب الزكاة في مالهما، لأن الزكاة عبادة والعبادات تجب بطريق الابتلاء والامتحان وهما ليسا من أهل الابتلاء. انظر: المبسوط: ١٦٢/٢، والبدائع: ٨١٤/٢.

(٦) جاء في الروض المربع: ١٨١/١: (ويجوز تعجيل الزكاة لحولين فأقل... وإنما يجوز تعجيلها إذا كمل النصاب).

(٧) قال الشيرازي: (كل مال وجبت فيه الزكاة والحول لم يجز تقديم زكاته قبل أن يملك النصاب، لأنه لم يوجد سبب وجوبها فلم يجز تقديمها... وإن ملك النصاب جاز تقديم زكاته قبل الحول). انظر: المهدب: ٣٠٥/١.

لمالك. ^(١) دليلنا: « ما روي أن العباس سأل النبي ﷺ عن تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له في ذلك » ^(٢)، ولأنه حق مال يجب بسببين يختصانه فجاز تقديمه إذا وجد أحدهما كال كفارة ، ولأن حقوق الأدميين المتعلقة بالمال يجوز تعجيلها وما تعلق بالبدن لا يجوز، كذلك حقوق الله تعالى.

فصل: فإن حال الحول وقد نقص النصاب بقدر ما أخرجه، فالزكاة تقع موقعها، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يكون تطوعاً. دليلنا: أن التعجيل إنما جاز رفقاً بالمساكين ونفعاً لهم، فلو قلنا المعجل لا يكون كالموجود في ملكه يصير كالهالك لأدى الضرر بهم، لأنه إذا كان عنده مائة وإحدى وعشرين شاة، فعجل منها شاة، ثم حال الحول، لم يجب إلا تلك الشاة، ولو تركها ولم يعجلها وجب شاتان.

٤٤٩ - **مسألة:** إذا عجل زكاة ماله ثم هلك قبل الحول، لم يكن له أن يرجع على المساكين، ذكره أبو بكر في التنبيه ^(٣)، وبه قال أبو حنيفة ^(٤)، وقال ابن حامد: له الرجوع، وبه قال الشافعي. دليلنا: أنها صدقة وصلت إلى يد الفقير بنية الزكاة فهي كما لو دفعها ولم يبين أنها زكاة، واعتقد أنها عليه فبان بخلافه.

(١) جاء في المدونة: ٣٣٥/١: (قلت: أرأيت الرجل يعجل زكاة ماله في الماشية وفي الإبل أو في المال لسنة أو سنتين، أيجوز ذلك، قال: لا. قلت: وهذا قول مالك...؟ فقال: نعم...).

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه: ٦٣/٣، وأبو داود في سننه: ١١٥/٢، وابن ماجه في سننه: ٥٧٢/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ١١١/٤.

(٣) جاء في التوضيح: ٤٣٥/١: (وإن عجلها، ثم هلك المال أو نقص النصاب أومات المالك أو ارتد قبل الحول لم يرجع مطلقاً، وقيل: يملك الرجوع، إختاره ابن حامد وابن شهاب وأبو الخطاب، كما لو كانت بيد الساعي عند التلف وقطع الموفق وغيره عن ابن حامد إن كان الدافع لها الساعي رجع مطلقاً، وإن كان رب المال وأعلمه أنها زكاة معجلة رجع بها وإن أطلق لم يرجع. انظر: الإقناع: ٢٨٩/١، والمنتهى: ٢٠٧/١، والمحزر: ٢٢٥/١، والفروع: ٥٨٠/٢).

(٤) انظر: تحفة الفقهاء: ٤٨٥/١، وبدائع الصنائع: ٩٢٢/٢، والوجيز: ٨٨/١، والمجموع: ١٤٤/٦، والممتع: ٢٠٦/٢، والمهذب: ٣٠٦/١.

٤٥٠ - مسألة: إذا استسلف الإمام زكاة ماله ودفعها إلى المساكين ثم أُسرَ أو ارتد ومات ثم حال الحول ورب المال موجود والنصاب أجزأت عنه، ذكره الخرقى، وعليه جماعة شيوخنا، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: يسترجعها^(١) ولا تجزيه. دليلنا: أن الدفع صادف الفقر فما حدث من الغني لا يمنع كما لو استغنى من ربحها، ولأن ما جاز تعجيله على وقت وجوبه فالمرأى فيه حال المعجل عنه التعجيل لا حين الوجوب كالتعجيل في الكفارة.

٤٥١ - مسألة: إذا استسلف الإمام الزكاة من غير مسألة المساكين وأرباب الأموال ثم تلفت في يده فضمانها على المساكين^(٢)، ذكره أبو بكر، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: الضمان على الولي^(٣). دليلنا: أنها زكاة جاز قبضها فسقط فيه ضمانها إذا لم يتعد كما لو أذن له في قبضها.

٤٥٢ - مسألة: إذا كان عنده نصاب من الماشية فعجل زكاته وزكاة ما يستفيده في الحول جاز عن الموجود^(٤)، وقال أبو حنيفة: ^(٥) يجوز عنهما. دليلنا: أنه غير موجود في ملكه فلا يجوز تعجيل زكاته حتى لا يفضي إلى أن يتقدم على سببها كالنصاب الأول إذا عدم.

(١) المذهب: ٣٠٦/١.

(٢) قال ابن قدامة: (وإن تسلف الإمام الزكاة فهلك في يده لم يضمنها، وكانت من ضمان الفقراء، سواء سأل رب المال أو الفقراء أو لم يسأل الجميع، لأن المال في يده كأيديهم وله ولاية عليهم). انظر: الكافي: ٣٢٧/١.

(٣) جاء في المذهب: ٣٠٧/١: (وإن تسلف الوالي الزكاة وهلك في يده نظرنا: فإن تسلف بغير مسألة ضمنها لأن الفقراء أهل رشد لا يولى عليهم، فإذا قبض مالهم قبل محله بغير إذنهم وجب عليه الضمان كالوكيل... وإن تسلف بمسألة رب المال فتلف يكون من ضمان رب المال... وإن تسلف بمسألة الفقراء هلك من ضمانهم، لأنه قبض بإذنهم...).

(٤) الكافي: ٣٢٦/١، وجاء في الممتع: ٢٠٥/٢: (وإن عجلها عن النصاب وما يستفيده أجزأه عن النصاب دون الزيادة، لأنه عجل زكاة ما ليس في ملكه فلم يجزئه كما لو عجل قبل ملك النصاب)، وانظر: المذهب: ٣٠٥/١.

(٥) تحفة الفقهاء: ٣١٣/١.

فصل: ولا يجوز إخراج العشر عن الثمرة قبل وجود الطلع^(١) خلافاً لأبي يوسف. دليلنا: أن النخل يتباقا على السنين حتى يتوالا العشر على الخارج منه فهو كالأرض، ثم وجود الأرض لا يجوز لوجودها إخراج العشر عما يخرج منها، كذلك هاهنا^(٢)، وعكسه القصيل^(٣).

٤٥٣ - مسألة: فإن طرح بذراً في الأرض ثم أخرج العشر عنه لم يجزه^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن الحب لا ينعقد من نفس الحب، لأنه يصر مستهلكاً في الأرض، وإنما ينعقد من القصيل فلم يكن حصوله في الأرض سبباً لجواز الإخراج وجرى مجرى الإخراج في سائر الأموال قبل النصاب.

٤٥٤ - مسألة: نقصان النصاب في بعض الحول يسقط الزكاة، وبه قال مالك والشافعي^(٥)، إلا أن الشافعي استثنى عروض التجارة وقال أبو حنيفة^(٦): إذا كمل في الطرفين لم يمنع نقصانه في الوسط من الزكاة. دليلنا: أنه أحد شرطي الزكاة فنقصانه يمنع كالحول، ولأنه نقص في النصاب فأثر كما عدا عروض التجارة، وكما لو كان في أحد طرفيه.

٤٥٥ - مسألة: لا يجوز أخذ القيم في الزكاة، وبه قال أكثرهم خلافاً

(١) جاء في الممتع: ٢٠٥/٢: (وإن عجل عشر الثمرة قبل طلوع الطلع والحصر لم يجزئه)، والكافي: ٣٢٧/١.

(٢) ذكر أبو الخطاب: (أنه يجوز تعجيله إذا ظهرت الثمرة وطلع الزرع ولا يجوز قبله). انظر: الكافي: ٣٢٧/١.

(٣) القصيل: القصل هو القطع، وبابه ضرب ومنه سمي القصيل. انظر: مختار الصحاح، مادة (قصل): ص ٢٢٥.

(٤) جاء في حلية العلماء: ٣٣٢/١: (ولا يجب العشر حتى ينعقد الحب).

(٥) قال ابن قدامة: (ويعتبر وجود النصاب في الحول). انظر: الكافي: ٣١٦/١، والممتع: ٩٣/٢، والمهذب: ٢٦٥/١.

(٦) تحفة الفقهاء: ٢٧٧/١.

لأبي حنيفة^(١) دليلنا: أنه نوع حق عدل فيه عن المنصوص عليه أشبه إذا عدل إلى سكنى دار ، ولأنه نوع حق يخرج على وجه الطهارة أشبه العتاق في الكفارة ، ولأنه حيوان يتقرب به إلى الله تعالى أشبه الأضحية.

فصل: ويجوز إخراج الأثمان بعضها عن بعض^(٢)، وبه قال مالك^(٣) خلافاً لإحدى الروایتين وللشافعي^(٤) دليلنا: أنهما كالجنس الواحد بدلالة أنهما قيم المتلفات، وأروش الجنایات، وأثمان المبيعات، ويضم بعضها إلى بعض في الزكاة عندنا ويقضي منها مال المضاربة عندهم فهو كأنواع الفضة مع أنواعها وأنواع الذهب مع الذهب، ولأنهم قد قالوا ما وزنه مائتي درهم من الحلى وقيمه ثلاثمائة لأجل الصنعة يخرج عنه من الذهب ما قيمته سبعة دراهم ونصف، كذلك هاهنا.

٤٥٦ - مسألة: لا زكاة في المعلوفة، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لمالك^(٦) دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عباس: «ليس في البقر العوامل صدقة»^(٧)، ولأنه مال

(١) المجموع: ٢٦/٦، والأم: ٢٥/٢، والميسوط: ١٥٦/٢ وجاء فيه: (ظن بعض أصحابنا أن القيمة بدل عن الواجب حتى لقبوا هذه المسألة بالإبدال وليس كذلك، فإن المصير إلى البديل لا يجوز إلا عند عدم الأصل وأداء القيمة ...).

(٢) جاء في الكافي: ٣١٠/١: (وفي إخراج أحد النقدين عن الآخر روايتان، بناءً على ضم أحدهما للآخر).

(٣) قال مالك وأبو حنيفة: (تضم الدراهم إلى الدنانير، ومعنى ذلك يخرج النصاب من أيهما). انظر: بداية المجتهد: ١٩/٢.

(٤) انظر: المذهب: ٥٢٢/١.

(٥) جاء في الممتع: ١٠٠/٢: (ولا تجب إلا في السائمة منها وهي: التي ترعى في أكثر الحول ... لأن المعلوفة لا تقتنى للنماء فلم يجب منها شيء). انظر: الكافي: ٢٨٥/١، المذهب: ٢٦٤/١.

(٦) المدونة: ٣٥٥/١ وما بعدها.

(٧) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٠٣/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١١٦/٤، والطبراني في المعجم الكبير: ٤٠/١١.

تجب فيه الزكاة بشرطين فتنوع نوعين كالذهب والفضة، ولأن القصد الانتفاع بظهرها أشبه الحمر والبغال .

٤٥٧ - مسألة^(١): لا زكاة في الخيل وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: قوله ﷺ في حديث عليّ «عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق»^(٤) ولا صدقة فيها، وقوله ﷺ: «ليس في الجبهة ولا في النخة ولا في الكسعة صدقة»^(٥).

قال أبو عبيد: «الجبهة: الخيل، والعسل، والكسعة: الحمير، والنخة: [الرقيق]»^(٦)، ولأنه حيوان لا تجب الزكاة في ذكوره منفرداً فلا تجب في ذكوره وإنائه كالحمير والبغال وعكسه سائر المواشي، ولأنه ذو حافر فأشبهه ما ذكرنا.

٤٥٨ - مسألة: إذا أبدل نصاباً مما تجب الزكاة في عينه بنصاب من جنسه فإنه يبني حول الثاني على حول الأول^(٧)، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة

(١) هذه المسألة حدث فيها خلاف؛ فذهب الأحناف إلى أن الزكاة تجب في الخيول إذا كانت سائمة، بينما يرى الجمهور أنه لا زكاة فيها إلا إذا كانت معدة للتجارة.

(٢) الكافي لابن قدامة: ٢٨٣/١، والوجيز: ٧٩/١، والمجموع: ٣٠٦/٥ لقول الرسول ﷺ: «ليس على المسلم في فرسه وغلामه صدقة» رواه البخاري: ٣٢٦/٣.

(٣) تحفة الفقهاء: ٤٥١/١، والبدايع: ٨٨١/٢، والمبسوط: ١٨٨/٢.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٥٧٠/١، وأحمد في مسنده: ١٤٦/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ١١٧/٤.

(٥) أخرجه البيهقي في سننه: ١١٨/٤ عن أبي هريرة قال: «قال رسول الله ﷺ: عفوت لكم عن صدقة الجبهة والكسعة والنخة». قال بقية الجبهة الخيل والكسعة: البغال والحمير، والنخة: المربيات في البيوت، كذا رواه بقية بن الوليد.

(٦) ما بين المعكوفين في النسختين المخطوطتين «العسل» وهو خطأ، والتصويب من غريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام: ٧/١، وانظر كذلك: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: ٣١/٥.

(٧) جاء في الممتع: ٩٣/٢: (وإن أبدله بنصاب من جنسه بنى على حوله، ويتخرج أن ينقطع، فلأنه نصاب يضم إليه نماؤه في الحول فبنى حول بدله من جنسه على حوله كالعروض).

والشافعي: ^(١) يستأنف الحول ، إلا أن أبا حنيفة وافقنا في الأثمان خاصة. دليلنا: أنهما مالان تنفق زكواتهما في عموم الأحوال أشبه عروض التجارة والأثمان.

٤٥٩ - مسألة: الدين يمنع وجوب الزكاة ^(٢)، وبه قال أكثرهم ^(٣) خلافاً للشافعي ^(٤) في أحد قوليه. دليلنا: ما روي عن عثمان بن عفان أنه خطب الناس وقال: «هذا شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليؤد دينه ثم ليذك منه ما بقى» ^(٥)، ولأنه مال لا يتعلق به وجوب الحج فهو كمال المكاتب .

فصل: ولا فرق بين المال الباطن والظاهر، وبه قال أبو حنيفة ^(٦) والشافعي على القول الذي وافقنا فيه ، إلا أن أبا حنيفة يوجب العشر في الزرع ويدعي أنه ليس بزكاة ، وفيه رواية أخرى : أن الدين لا يسقط زكاة الأموال الظاهرة خاصة وجه الأولى : أن ما يمنع الزكاة في الأموال الباطنة يمنع في الظاهرة كنقصان النصاب .

فصل: فإن كان له عين وعروض للقنية وعليه دين ، فالذي اختاره شيخنا أنه يجعل الدين في مقابلة العروض ، وتجب الزكاة في العين ، وبه قال مالك

(١) المهذب : ٢٦٥/١ .

(٢) جاء في الكافي : ٢٨١/١ : (ومن ملك نصاباً وعليه دين يستغرقه أو ينقصه فلا زكاة فيه إن كان من الأموال الباطنة وهو الفاضي وعروض التجارة رواية واحدة .. وإن كان من الأموال الظاهرة وهي المواضي والزرع والثمار فيه ثلاث روايات إحداهن : لا تجب فيها الزكاة لذلك .

(٣) البدائع : ٨١٧/٢ ، والمبسوط : ١٨٤/٢ ، ومختصر الطحاوي : ص ٥٠ ، والممتع : ٨٩/٢ .

(٤) الأم : ٥٠/٢ ، والمجموع : ٣١٣/٥ ، لأنه نصاب كامل حال عليه الحول وهو في يده ، فوجبت فيه الزكاة كالذي لا دين عليه .

(٥) رواه مالك في الموطأ : ٢٥٣/١ ، وابن أبي شيبة في مصنفه : ١٩٤/٣ .

(٦) تحفة الفقهاء : ٩١/٢ .

والشافعي على القول الذي يجعل الدين مسقطاً للزكاة^(١)، وظاهر ما رواه الجماعة عن أحمد إسقاط الزكاة، وبه قال أبو حنيفة وجه ما اختاره شيخنا أنه قادر على الجمع بينهما فهو كما لو كان معه من العين مقدار الدين ويبقى نصاب، ولأن العروض نوع مال فجاز أن يجعل في مقابلة الدين كالعين.

٤٦٠ - مسألة: لا يلزمه إخراج الزكاة عن الدين حتى يقبضه^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: إذا كان حالاً على ملئ وهو قادر على أخذه من غير مرافعة إلى حاكم لزمه الإخراج عنه^(٣). دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن علي وابن عمر وعائشة: إنهم كانوا لا يرون في الدين زكاة حتى يقبضه صاحبه، ولأنه دين فأشبهه إذا كان على غائب أو حاضر مماطل.

٤٦١ - مسألة: إذا كان له دين على رجل فوهبه له بنية الزكاة لم يجزه^(٤)، وقال أبو حنيفة: يجزه عن ذلك الدين خاصة. دليلنا: أنه إسقاط حتى أشبه العتاق، وإذا أخرجه عن دين آخر.

٤٦٢ - مسألة: إذا كان الصداق نصاباً معيناً مما توجب الزكاة في عينه ثم حال الحول قبل قبضه فعلى المرأة زكاته، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه دين مستقر فلا يشترط في عقد الحول عليه القبض كالثمرة والقرض.

(١) جاء في حلية العلماء: ٣٠٢/١: (فإن كان له نصابان: أحدهما من جنس الدين، والآخر من غير جنسه فهل يفضي عليهما؟ فيه وجهان: أحدهما: يفضي عليهما فلا تجب الزكاة في واحد منهما. والثاني: أنه يصرف إلى جنس الدين، ذكره القاضي حسين).

(٢) جاء في الكافي: ٢٨٠/١: (ولا تجب الزكاة على رب الدين قبل قبضه)، وجاء في الممتع: ٨٧/٢: (ومن كان له دين على ملئ من صداق أو غيره زكاة إذا قبضه لما مضى، وفي الدين على غير الملئ روايتان).

(٣) جاء في المذهب: ٢٩١/١: (وإن كان لازماً نظرت، فإن كان على مقر ملئ لزمه زكاته، لأنه مقدور على قبضه كالوديعة، وإن كان على ملئ جامد أو مقر معسر... فقيه قولان).

(٤) انظر الكافي: ٢٨٠/١.

٤٦٣ - مسألة: إذا مات صاحب المال لم يبين حول الورثة على حوله^(١)، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد، وقال في القديم: يبنى^(٢) دليلنا: أنه ملك مستأنف فلا يبنى حوله على حول من انتقل عنه، كما لو اشتراه أو وهب له.

٤٦٤ - مسألة: بيع ما وجب فيه الزكاة يصح^(٣)، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، وعن الشافعي^(٥) قولان، واختلف به في ذلك فقال ابن أبي هريرة: إن قلنا أن وجوب الزكاة استحقاق جزء من المال فالبيع باطل في قدر الزكاة، وهل تصح في الباقي؟ على قولين بناء على تفريق الصفقة، وإن قلنا الزكاة تجب في الذمة، فإن أخرج الزكاة من غيرها صح البيع في الجميع، وإن أخرج منها فهل يصح البيع فيما عدا مقدار الزكاة؟ على قولين، وقال المروزي: إذا قلنا الزكاة توجب استحقاق جزء من العين، فهل يصح البيع في قدر الزكاة؟ على قولين، أحدهما: أنه باطل، لأنه باع ما لا يملكه سواء أخرج الزكاة منها أو من غيرها، وفي الباقي قولان بناءً على تفريق الصفقة. والقول الثاني: البيع صحيح، فإذا أدى الزكاة من غيره علمنا أن ملكه لم يزل عن شيء منه وإن البيع صحيح ولا خيار للمبتاع، لأنه بمنزلة عيب وجد ثم ارتفع قبل الفسخ. وإن قلنا: الزكاة تجب في الذمة وتتعلق بعين المال خرج أيضاً على وجهين، أحدهما: البيع باطل في مقدار الزكاة، لأنه بمثابة بيع المرهون. والثاني: أنه موقوف مراعاةً على ما يكون من قضاء الزكاة من غيره. دليلنا: أن الفقراء لم

(١) جاء في الكافي: ٢٨٤/١: (ولا يبنى الوارث حوله على حول الموروث، لأنه ملك جديد).

(٢) جاء في المذهب: ٤٦٧/١: (وإن مات في أثناء الحول ففيه قولان: أحدهما: أنه ينقطع الحول، لأنه زال ملكه عنه فصار كما لو باعه. والثاني: لا ينقطع، بل يبنى الوارث على حوله، لأن ملك الوارث مبني على ملك المورث).

(٣) جاء في الكافي: ٢٨٣/١: (أو باعها انقطع ثم إن نتجت له أخرى مكانها أو رجع إليه ماباعه استأنف الحول). وانظر: المذهب: ٢٦٨/١.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء: ٢٧٦/١.

(٥) المذهب: ٤٦٧/١.

يملكو جزءاً من المال بدلالة أن النماء الحادث يتفرد به المالك دون الفقراء ، وإنه يجوز له العدول عن عين المال ويخرج من غيره ، وإنه لو كان المال جارية لم يمنع من وطنها وإنما تعلق حقهم به وكل حق تعلق بالمال لأقوام غير معينين لا يمنع جواز البيع كصدقة الفطر والكفارات وخمس الفيء والغنيمة.

٤٦٥ - مسألة : النصاب معتبر في الحبوب والثمار^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا : قوله ﷺ في حديث أبي سعيد الخدري : «ليس فيما دون خمسة أوساق»^(٤) من تمر ولا حب صدقة»^(٥)، ولأنه حق مال مصروف إلى أهل السهمان شرعاً ، أشبه زكاة الأثمان .

فصل : ومقدار النصاب في ثمرة الكرم والنخل خسمة أوسق رطباً وعنباً لا تمرّاً وزبيباً ، وهي اختيار الخلال ، وفيه رواية أخرى : يعتبر حال جفافه، وبه قال الشافعي^(٦) وجه الأولى : أنها حالة للوجوب فكانت حالة للاعتبار كحالة الجفاف.

٤٦٦ - مسألة : يجب العشر في كل ما يكال ويدخر^(٧)، وقال أبو حنيفة^(٨) : في

(١) الكافي: ٣٠٢/١ ، وجاء في الممتع: ١٣٤/٢ : (ويعتبر لوجوبها شرطان: أحدهما : أن تبلغ نصاباً قدره بعد التصفية في الحبوب والجفاف في الثمار خمسة أوسق).

(٢) انظر: الأم: ٣٦/٢ ، والوجيز: ٩٠/١ ، والمجموع: ٤٧٣/٥ .

(٣) بدائع الصنائع: ٩٣٨/٢ ، ومختصر الطحاوي: ص ٤٦ .

(٤) الوسق : ستون صاعاً، والصاع : خمسة أرتال وثلث، والمجموع ثلاثمائة صاع، وهي ألف وستمائة رطل بالعراقي. انظر: الكافي: ٣٠٢/١ . والوسق يساوي في الوزن الحديث ١٢٢، ٦١ كيلوجرام، فتكون زكاة الزروع والثمار هي ٥×١٢٢، ٦١ = ٦١٠، ٨ كيلوجرام. انظر: المقادير الشرعية: ص ٢٣٠ ، ومعجم لغة الفقهاء: ص ٤٥١ .

(٥) رواه البخاري: ٢٧١/٣ ، والسنن الكبرى : ١٢٠/٤ ، ومسلم: ٥٢/٧ في أول كتاب الزكاة .
(٦) جاء في المذهب: ٥١٦/١ : (ولا تؤخذ زكاة الحبوب إلا بعد التصفية، كما لا تؤخذ زكاة الثمار إلا بعد الجفاف).

(٧) جاء في التوضيح: ٤١٠/١ : (تجب في كل مكيل مدخر نصا فتجب في الحبوب، وفي كل تمر يكال ويدخر كالتمر والزبيب واللوز).

(٨) الروض المربع: ١٧٠/١ ، وتحفة الفقهاء: ٤٩٥/١ ، والبدائع: ٩٣٦/٢

جميع ما يخرج من الأرض سوى الحطب والقصب وما لا يقصد منه منفعة الأرض ، وقال مالك والشافعي^(١) : لا شيء في المزروعات إلا فيما يقتات ويدخر. دليلنا: قوله ﷺ في حديث علي : «ليس في الخضروات صدقة»^(٢)، وفي لفظ آخر روته عائشة : «ليس في الخضروات زكاة» ، ولأنه جنس مال لا يعتبر فيه حول فلا يجب فيه العشر كالقصب والحطب والحشيش ، وكما لو كان في أرض الخراج ، وكل ما لو كان في أرض الخراج لم يجب فيه العشر ، كذلك في غيرها كالقصب والحطب ، ونخص مالك والشافعي بأن هذه الخضر تكال وتدخر ، أشبه المقتات.

٤٦٧- مسألة: تضم الحنطة إلى الشعير في نصاب الزكاة^(٣)، وكذلك القطنيات^(٤) بعضها إلى بعض ، وتضم القطنيات إلى الحنطة والشعير، وبه قال مالك ، وفيه رواية أخرى : لا تضم ، وبه قال الشافعي وداود^(٥) وجه الأولى: أنها فروع لأصول لا تتنافى أشبه أنواع الحنطة مع أنواعها، وكذلك الشعير.

(١) الوجيز: ٩٠/١ والمنهاج : ص ٣٠ ، والمهذب: ٥١٣/١ حيث جاء فيه: (وتجب الزكاة فيكل ما تخرجه الأرض مما يقتات ويدخر وينبت الآدميون كالحنطة والشعير.. أما القثاء والبطيخ والرمان والخضروات فقد عفا عنها رسول الله ﷺ). انظر: المجموع: ٤٦٠/٥.

(٢) رواه البيهقي: ١٢٩/٤ ، إلا أنه مرسل ، ورواه الترمذي مختصراً: ٢٨٨/٣ ، كتاب الزكاة ، باب زكاة الخضروات وقال: وإسناد هذا الحديث ليس بصحيح ، وليس يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء ، وإنما يروى مراسلاً ، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم ، لأن أبا حنيفة يوجب فيها الزكاة.. انظر: تحفة المحتاج: ٣١٧/١.

(٣) جاء في الممتع: ١٣٨/٢ : (الحبوب يضم بعضها إلى بعض ، وعنه : تضم الحنطة إلى الشعير والقطنيات بعضها إلى بعض ... لأن ذلك تتقارب منفعتها أشبه نوعي الجنس). انظر: الكافي: ٣٠٢٣/١.

(٤) القطنيات هي : العدس واللوبيا والبقلاء والحمص .. سميت بذلك لقطوفها في البيت أي تخزين من قطن بالمكان إذا أقام. انظر: النظم: ١٥٦/١ ، والمجموع: ٤٧٢/٥.

(٥) المهذب: ٢٨٩/١.

٤٦٨ - مسألة: ما يأكله رب الأرض من الثمرة لا تحسب عليه زكاته^(١)، وبه قال أبو يوسف حتى زاد علينا فقال: وكذلك ما يطعمه لجاره وصديقه، وقال أبو حنيفة^(٢) والشافعي^(٣): يحسب عليه. دليلنا: قوله ﷺ في حديث سهل ابن أبي خثمة: «إذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا الثلث فدعوا الربع»^(٤)، ولأن الإيجاب من جهة الشرع أحد نوعي الإيجاب، فجاز أن يأكل منه من غير ضمان كالإيجاب من جهة نفسه، ونريد به إذا نذر أضحية فإن له الأكل منها.

٤٦٩ - مسألة: إذا أحيا المسلم مواتاً في حيز أرض الصلح بما ساقه من نهر احتفره الأعاجم، أو بعين استخرجها منها، أو قناة أو دجلة، أو فرات فلا خراج عليها، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: في النهر عليه الخراج، وفي بقية المواضع لا خراج عليه^(٥). دليلنا: أنه أحيا مواتاً في حيز أرض الصلح فلم يلزمه الخراج كبقية المواضع.

٤٧٠ - مسألة: يجتمع العشر والخراج، وبه قال أكثرهم^(٦)، وقال

(١) (وأما كون رب المال له الأكل من الثمر بقدر ذلك، وكونه لا يحسب به عليه فلا أن النبي ﷺ أمر بترك ذلك كله). انظر: الممتع: ١٤٦/٢، وجاء في التوضيح: ٤٠٧/١: (ويأكل من حبوب ما جرت به عادة وما يحتاجه، ولا يحسب عليه، ولا يهدى نصاً).

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٣٢/٢: (وأما المسألة الثالثة فإن مالكا وأبا حنيفة قالا: يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب، وقال الشافعي: لا يحسب عليه).

(٣) وجاء في المذهب: ٥١٠/١: (فإن أكل شيئاً من الثمار أو استهلكه وهو عالم عزز وغرم، وإن كان جاهلاً غرم ولم يعزر).

(٤) رواه الترمذي في كتاب الزكاة الحديث رقم ٦٤٣، ورواه أبو داود في كتاب الزكاة، باب الخرص الحديث رقم ١٦٠٥، ورواه النسائي: ٤٢/٥.

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٢٠/١: (والمسلم إذا أحيا أرضاً ميتة وهي تسقى بماء الخراج فهي خراجية).

(٦) قال في الممتع: ١٤٧/٢: (ويجتمع العشر والخراج في كل أرض فتحت عنوة ... فلا أن الخراج مؤونة فهو كالأجرة في الإجارة، والمستأجر: يجتمع عليه الأجرة والعشر، وكذا الخراج والعشر ...). انظر: التوضيح: ٤١٧/١.

أبو حنيفة^(١): لا يجب العشر في أرض الخراج، دليلنا: أن العشر حق يتعلق بالمستفاد من غير أرض الخراج فيعلق بالمستفاد من أرض الخراج كحق المعدن.

٤٧١ - مسألة: يجوز للإمام أن يزيد في الخراج^(٢) على وظيفة عمر وينقص منها، وكذلك في الجزية، وبه قال محمد بن الحسن، ومن أصحابنا أبو بكر، وفيه رواية أخرى: لا يجوز، وبه قال مالك والشافعي، وفيه رواية أخرى: يجوز الزيادة دون النقصان، وعن أبي يوسف: يجوز النقصان خاصة وجه الأولى: أن كل إمام له أن يتولى قسمة مال بيت المال كان له الاجتهاد في الخراج كعمر عليه السلام.

٤٧٢ - مسألة: إذا ضرب على نصارى بني تغلب^(٣) العشرين في زروعهم مكان الجزية، ثم أسلموا، أو باعوا الأرض لمسلم سقط أحدهما وأخذ الآخر على طريق الزكاة، وكذلك الذمي إذا ضرب على أرض الجزية ثم أسلم سقطت، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٤): لا تسقط بشيء من ذلك. دليلنا: أنه حق يتعلق بزراع مسلم فلا يزيد على العشر كالمسلم الذي لم يؤخذ منه للكفر، ولأنه حق مال مأخوذ باسم الكفر فسقط بالإسلام كجزية الرؤوس.

(١) جاء في فتح القدير: ٢٥٨/٢: (لا يجمع على مالك أرض عشر وخراج لقول الرسول ﷺ: «لا يجمع على مسلم عشر وخراج في الأرض» وإجماع الصحابة). الخراج: ص ٢٥.

(٢) الأرض الخراجية: هي التي فتحت عنوة وتركت على أيدي أربابها ومن عليهم الإمام، فإن يضع الجزية على أعناقهم إذا لم يسلموا، والخراج على أراضيهم إذا أسلموا أو لم يسلموا. انظر: تحفة الفقهاء: ٣٢٠/١.

(٣) بنو تغلب: هي من نصارى العرب، أبوهم تغلب بن وائل من بني ربيعة من العنانية.. قامت بلادهم بالجزيرة الفراتية جهة سنجار طلبهم عمر بالجزية، فأبوا أن يدفعوها باسم الجزية، وصالحوا على اسم الصدقة مضاعفة، فقال عمر: «هاتوها وسموها ما شئتم». انظر: تاج العروس: ٤١٤/١، ونهاية الإرب: ص ١٨٦، والخراج لأبي يوسف: ص ٦٨.

(٤) جاء في كتب الحنفية: (لا خلاف بين أصحابنا إذا كانت أرض خراج في الأصل فأسلم مالكوها أو باعها من مسلم إنها لا تنتقل عن الخراج إلى العشر). انظر: الأصل: ١٤٢/٢.

٤٧٣- مسألة: إذا اشترى الذمي أرضاً من أراضي المسلمين صح الشراء ولا عشر عليه^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وفيه رواية أخرى وهي اختيار الخلال: أنهم يمنعون، فإن اشترى ضرب على أموالهم عشراً على ظاهر كلام أحمد: قال بعضهم عشراً، وقال أبو حنيفة^(٣): إن اشترى أرض العشر صارت خراجية، وقال أبو يوسف: عشراً، وقال محمد بن الحسن: عشر واحد. دليلنا: أنها لا تنقلب خراجية إنها أرض عشر فلا تنقلب خراجية كما لو اشتراها تغلبي، والدلالة على أنه لا يؤخذ عشراً ولا عشر واحد إن هذا يختلف بالإسلام والكفر كجزية الرؤوس، فكما يبتدئ مسلم بجزية كذلك لا يبتدئ الكافر بالعشر.

٤٧٤- مسألة: يستحق العشر على صاحب الزرع، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبو حنيفة: على صاحب الأرض^(٥). دليلنا: أن من وجب عليه العشر إذا كانت الأرض له وجب عليه، وإن كانت لغيره كالمستعير، ولأنه حق مال يجب في عين المال فكان على رب المال كسائر الحقوق.

(١) الكافي لابن قدامة: ٣٠٨/١، وجاء في الممتع: ١٤٨/٢: (ويجوز لأهل الذمة شراء الأرض العشرية، ولا عشر عليهم، وعنه: عليهم عشراً يسقط أحدهما بالإسلام).
(٢) جاء في حلية العلماء: ٣٣٢/١: (وإذا كان لمسلم أرض لا خراج عليها فباعها من ذمي فلا عشر عليه ولا خراج، وقال أبو حنيفة: يجب عليه الخراج، وقال أبو يوسف: يجب عليه عشراً، وقال محمد بن الحسن: يجب عليه عشر واحد، وقال مالك: لا يصح البيع).
(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٢٠/١: (وأما الذمي إذا اشترى من مسلم أرض العشر، فإنها تصير خراجية عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: عليه عشراً، وقال محمد: عليه عشر واحد، والصحيح ما قاله أبو حنيفة، لأن العشر والخراج شرعاً لمؤونة الأراضي).
(٤) قال الشيرازي: (وإن كان الزرع لواحد والأرض لآخر، وجب العشر على مالك الزرع عند الوجوب، لأن الزكاة تجب في الزرع فوجبت على مالكة كزكاة التجارة تجب على مالك المال دون مالك الدكان) .. انظر: المذهب: ٢٩٠/١، والمجموع: ٤٨١/٥، والممتع: ١٧٤/٢.

(٥) بدائع الصنائع: ٩٣١/٢. وجاء في تحفة الفقهاء: ٣٣٢/١: (وإن كان الزرع لواحد والأرض لآخر، وجب العشر على مالك الزرع، وبه قال مالك وأبو يوسف محمد. وقال أبو حنيفة: يجب العشر على المؤجر [مالك الأرض]).

٤٧٥ - مسألة: لا يجب العشر في زرع المكاتب ، وبه قال الشافعي ^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر بن عبد الله : «ليس في مال المكاتب زكاة» ^(٢)، رواه الدارقطني، وعشر الزرع يسمى زكاة حقيقة، ولأن من لا يجب في ماله زكاة لا يجب في زرعه عشر كالذمي.

٤٧٦ - مسألة: يجب العشر في العسل ^(٣)، وبه قال أبو حنيفة ^(٤) خلافاً لمالك والشافعي. دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن أبي سيارة المتعمي ، قال لرسول الله ﷺ : «لي نحل: قال : فادّ منه العشر، فقال لي جبل: فاحمه لي، فحماه له» ^(٥). ولأنه مأكول في العادة متولد من الشجر يكال ويدخر، أشبه سائر الثمار. وقولنا: متولد من الشجر بمعنى أنه يقع على نور الشجر فيأكل ثم يردّه من فيه. **فصل:** ويعتبر النصاب في ذلك ^(٦) خلافاً لأبي حنيفة ^(٧). دليلنا: ما روى الأثرم بإسناده : «أن بطناً من بني شبابة كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ من

(١) جاء في المذهب: ٤٥٨/١ : (فأما المكاتب والعبد إذا ملكه المولى مالا فلا زكاة عليه، لأنه لا يملك في قوله الجديد، ويملك في قوله القديم إلا أنه ملك ضعيف لا يحتمل المواسة). وجاء في حلية العلماء: ٢٩٧/١ : (وأما المكاتب فلا زكاة عليه، وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو ثور: تجب عليه جميع الزكوات).

(٢) رواه الدارقطني: ١٠٨/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٠٩/٤.

(٣) انظر: الممتع: ١٤٩/٢، جاء في الكافي: ٣٠١/١ : (وفي العسل العشر).

(٤) جاء في فتح القدير: ٢٤٦/٢ : (وفي العسل العشر إذا أخذ منه أرض العشر.. قيد به لأنه لو أخذ من أرض الخراج لم يجب فيه شيء).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده: ٢٣٦/٤، وابن ماجه: ٥٨٤/١، كتاب الزكاة، باب زكاة العسل. قال الترمذي : (ولا يصح عن النبي ﷺ في هذا الباب كبير شيء) انظر: السنن الكبرى للبيهقي: ١٢٦/٤، والمحلى لابن حزم: ٢٣١/٥. وانظر: كلام ابن حجر في الموضوع تلخيص الحبير: ١٦٧/٢.

(٦) الممتع: ١٤٩/٢، ولكافي: ٣٠٨/١.

(٧) جاء في الهداية مع فتح القدير: ٢٤٧/١ : (ثم عند أبي حنيفة يجب العشر قل أو أكثر، لأنه لا يعتبر النصاب، وعن أبي يوسف يعتبر فيه خمسة أوسق، وعنه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب).

كل عشر قرب قربة»^(١) ولأنه حق مال مصروف إلى أهل السهمان شرعاً ، فاعتبر فيه النصاب كسائر الزكوات .

فصل : ومقدار النصاب عشرة أفرق^(٢) ، والفرق^(٣) ستة وثلاثون رطلاً ، وعن أبي يوسف مثله ، وعنه في كل عشرة أرتال رطل ، ولا شيء فيما دونه ، وقال محمد بن الحسن : أعتبر خمسة أفرق . دليلنا : ما تقدم من الحديث ، وظاهر هذا أنه هو النصاب ، كما روي أنه كان يأخذ من كل مائتين خمسة دراهم ، ومن عشرين نصف دينار .

فصل : ولا فرق بين أن يأخذه من الجبال والأودية التي لا يملكها أحداً ، ومن الأرض المملوكة^(٤) وحكي عن أبي حنيفة في إحدى الروايتين : أن المأخوذ من المواضع المباحة لا شيء فيه . دليلنا : أنه حق يتعلق بالمأخوذ من الأرض المملوكة فتعلق بالأرض التي ليست مملوكة . دليله : حق المعادن والركاز .

٤٧٧ - مسألة : ما زاد على المائتي درهم أو عشرين مثقالاً ففيه بحساب ذلك ، وبه قال أكثرهم^(٥) ، وقال أبو حنيفة^(٦) : لا شيء فيما زاد على المائتين إلى الأربعين ، وكذلك فيما زاد على العشرين حتى يبلغ أربعة مثاقيل ، ثم كذلك ما زاد على الأربعين من الفضة وعلى أربعة مثاقيل . دليلنا : ما روى الدارقطني

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٦٧/٧ ، وابن خزيمة في صحيحه: ٤٥/٤ .

(٢) جاء في الكافي: ٣٠٨/١ : (وقال أصحابنا: نصابه عشرة أفرق) ، لأن عمر قدره بذلك .

(٣) الفرق: وحدة كيل مقدارها ٦,١٠٨ كيلو جرام ، فيكون نصاب العسل بالوزن الحديث = ٦,١٠٨ × ١٠ = ٦١,٠٨ كيلو جرام . انظر: المقادير الشرعية: ص ٢٣٠ ، ومعجم لغة الفقهاء: ص ٤٥٠ .

(٤) قال صاحب الممتع: ١٤٩/٢ : (سواء أخذه من موات أو ملكه) . انظر: التوضيح: ٤١٨/١ .

(٥) انظر: المدونة: ١٤٩/١ ، المزني: ص ٥٠ ، والمهذب: ٢٩١/٢ لأنه يتجزأ من غير ضرر فوجب فيما زاد بحسابه .

(٦) قال أبو حنيفة: لا شيء فيما زاد على المائتين حتى تبلغ أربعين ، وفيما زاد على العشرين مثقالاً حتى تبلغ أربعة مثاقيل . انظر: الأموال لأبي عبيد: ص ٤٢٧ .

بإسناده عن علي عن النبي ﷺ أنه قال : « في مائتي درهم خمسة دراهم ، وما زاد فبحساب ذلك »^(١)، ولأنه مستفاد من الأرض فلا يعتبر فيه وقص بعد الوجوب كالزروع وعكسه الحيوان .

٤٧٨ - مسألة: يضم الذهب إلى الورق في إكمال النصاب، وهي اختيار الخرقى وأبي بكر، وبه قال أكثرهم^(٢)، وفيه رواية أخرى : لا يضم، وبه قال الشافعي^(٣) وداود وهي اختيار عبدالعزيز وجه الأولى : أنهما أثمان الأشياء، وقيم المتلفات، وأروش الجنائيات أشبه أنواع الفضة بأنواعها، وكذلك أنواع الذهب.^(٤)

فصل : ويكون الضم بالأجزاء لا بالقيمة^(٥)، وبه قال مالك^(٦)، وقال أبو حنيفة^(٧) : بالقيمة ووافقنا صاحباه. دليلنا: أن ما لا يجب تقويمه حالة الانفراد لا يجب مع غيره كالماشية السائمة.

(١) أخرج ما يقرب من معناه البخاري: ٥٢٥/٢، وأبو داود: ٣٥٧/١.

(٢) لأنهما يجريان مجرى الجنس الواحد ومنفعتهما واحدة بأنهما قيم المتلفات وأروش الجنائيات. انظر: الممتع: ١٦٣/٢، والأصل: ٨٤/٢، والمبسوط: ١٩٣/٢، والمدونة: ٢٤٢/١، والمزني: ص ٤٩.

(٣) جاء في الكافي: ٣٠٢/١: (ولا يضم الذهب إلى الفضة في إكمال النصاب، لأنهما جنسان. اختارها أبو بكر). المذهب: ٥١٨/١، (ولا يضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب).

(٤) لقد لخص ابن رشد هذه المسألة بقوله: (وأما المسألة الثالثة: وهي ضم الذهب إلى الفضة في الزكاة.. فإن عند مالك وأبي حنيفة وجماعة أنها تضم الدراهم إلى الدينار، فإذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة).

وقال الشافعي، وأبو ثور، وداود: لا يضم ذهب إلى فضة ولا فضة إلى ذهب.

وسبب الخلاف: هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة المعينة، أم لسبب يعمهما، وهو كما يقول الفقهاء: رؤوس الأموال وقيم المتلفات؟. انظر: بداية المجتهد: ص ٢٥٧.

(٥) انظر: الممتع: ١٦٤/٢: (ويكون الضم بالأجزاء، وقيل: بالقيمة...).

(٦) قال ابن رشد: فرأى مالك ضمهما بصرف محدود، وذلك بأن ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديماً. انظر: بداية المجتهد: ص ٢٥٨.

(٧) تحفة الفقهاء: ٢٦٧/٢. قال أبو حنيفة: تضم بالقيمة. وقال أبو يوسف، ومحمد، ومالك: يضم بالأجزاء. المبسوط: ١٩٣/٢.

٤٧٩ - مسألة: إذا كان له نصاب من الأثمان الجياد فأخرج عنها الدون لم يجزه حتى يخرج ما بينهما من الفضل^(١)، وبه قال محمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجزيه. وقال الشافعي: لا يجزيه أصلاً. دليلنا: على أبي حنيفة إنه أخرج الرديء عن الجيد فلا يجزيه كالماشية، ولأنه يستحق عليه الجودة والوزن ثم الوزن لو نقص منه لم يجزه وكذلك الجودة، ولأنه لو أخرج المستوقية لم تجزه، كذلك البهجة والغلة، والدلالة على أنه يعتد به مع الجبران أنه نصاب تجب فيه الزكاة فجاز أن يدخله الجبران من جنسه كالإبل، ولأنهم قد قالوا: إذا كان له حلي وزنه مائتا درهم وقيمته ثلاثمائة أنه يجب فيه خمسة دراهم من جنسه ويخرج من غيره سبعة ونصف.

٤٨٠ - مسألة: لا زكاة في الحلي المباح^(٢)، وبه قال مالك^(٣)، وقال أبو حنيفة وداود^(٤): فيه زكاة، وقال الشافعي قولان^(٥)، أصحهما: لا زكاة فيه، دليلنا:

- (١) الكافي: ٣١٠/١، والممتع: ١٦٢/٢.
- (٢) المراد بالحلي المباح: هي التي أباح الشارع الانتفاع بها كحلية النساء المعتادة من الذهب أو الفضة، وخاتم الرجل من الفضة... إلى آخره. انظر: الكافي: ٣١٠/١.
- (٣) جاء في المتع: ١٦٦/٢: (ولا زكاة في الحلي المباح المعد للاستعمال في ظاهر المذهب لقول الرسول ﷺ: «ليس في الحلي زكاة»، ولأنه مرصود للاستعمال المباح فلم تجب فيه زكاة كالعوامل). انظر: الكافي: ٣١١/١ حيث جاء فيه: (ولا فرق بين كثير الحلي وقليله، لعدم ورود الشرع لتحديده)، وقال ابن حامد: (إن بلغ حلي المرأة ألف مثقال فهو محرم وفيه الزكاة). وجاء في المدونة الكبرى: ٣٠٥/١: (وقال مالك في كل حلي هو للنساء اتخذته للبس فلا زكاة عليهم فيه).
- (٤) انظر: بدائع الصنائع: ٣٣/٢، والمبسوط: ١٩٢/٢، ومختصر الطحاوي: ص ٤٩.. فألحاف يقولون بزكاة الحلي بشرط أن تبلغ نصاباً وأن يحول عليها الحول.
- (٥) انظر: الأم: ٤٠/٢، والمجموع: ٣٩/٦، والوجيز للغزالي: ٩٣/١. وقد لخص الشيرازي مذهب الشافعي بقوله: (ومن ملك مصوغاً من الذهب والفضة، فإن كان معداً للفقنة وجبت فيه الزكاة، لأنه مرصود للنماء فهو كغير المصوغ، وإن كان معداً للاستعمال نظرت: (أ) فإن كان لاستعمال محرم كأواني الذهب والفضة... الخ وجبت فيه الزكاة، لأنه عدل به عن أصله بفعل غير مباح فسقط حكم فعله وبقي على حكم الأصل. (ب) وإن كان لاستعمال مباح كحلي النساء وما أعد لهن وخاتم فضة للرجال ففيه قولان: أحدهما: لا تجب فيه الزكاة. والثاني: تجب فيه الزكاة).

ما روى جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال : «ليس في الحلي زكاة».(١)
ولأنه قد عدل عن النماء الجزيل إلى فعل مباح أشبه ثياب البذلة وعبود الخدمة
ودور السكنى، ولأنه نوع مال شرط في وجوب الزكاة فيه الحول، والنصاب
فسوغ كالمواشي.

فصل : وتجب الزكاة في حلي الكرى(٢) خلافاً لمالك والشافعي.(٣) دليلنا: أنه
يقصد به نوعاً من النماء أشبه إذا كان للتجارة.

٤٨١- مسألة : لا يجوز اتخاذ الأواني من الذهب والفضة التي يحرم
استعمالها(٤)، وبه قال مالك والشافعي في إحدى قولي، والقول الآخر: يجوز(٥)،
وعن أحمد نحوه . دليلنا: أن استعمالها محرم فهي كآلة اللهو .

فصل : فإن خالف واتخذها فعليه الزكاة(٦)، ويعتبر بالقيمة لا بالوزن ، وكذلك
الحلي الذي فيه الزكاة ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك : الاعتبار بالوزن .
دليلنا: أنه مقوم فكان الاعتبار بقيمته كعروض التجارة .

٤٨٢- مسألة : تجب الزكاة في عروض التجارة ويخرجها عند كل حول . وبه
قال أكثرهم(٧)، وقال مالك : إن كان مديراً لا يعرف حول ما يبيع ويشترى جعل

(١) الموطأ: ٢٥/١، والسنن الكبرى للبيهقي: ١٣٨/٤، والدارقطني: ١٠٧/٢.

(٢) الكافي: ٣١٦/١.

(٣) انظر : المذهب: ٥٢٢/١، والمجموع: ٣٣/٦.

(٤) جاء في الكافي: ١٧/١: (والثاني محرم وهو آنية الذهب والفضة، لما رواه حذيفة أن النبي ﷺ قال: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة» . ولأن فيها سرفاً وخيلاء وكسر قلوب الفقراء).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٦٧/١: (يحرم استعمال أواني الذهب والفضة .. ووقال في القديم: النهي عن ذلك عن سبيل الكراهة .. وقال داود: يحرم الشرب خاصة، وفي جواز اتخاذها للاستعمال قولان، أصحهما: أنه لا يجوز).

(٦) قال ابن قدامة: (ومن ملك مصوغاً من الذهب والفضة محرماً كالأواني، وما يتخذ الرجل لنفسه فقيه الزكاة، لأن هذا فعل محرم فلم يخرج عن أصله).

(٧) الكافي: ٣١٥/١، والمدونة: ٣٣٠/١.

لنفسه شهراً في السنة يقوم ما عنده ويزكيه مع ناض ماله، وإن كان ممن يتربص بسلعته النفاق والأسواق لم يجب تقويمها حتى يبيعها بذهب أو ورق، ويزكي لسنته فقط.^(١) دليلنا: ما روى أبو داود بإسناده عن سمرة بن جندب أنه قال: «أما بعد: فإن رسول الله ﷺ كان يأمرنا أن نخرج الصدقة من الذي نعدده للبيع».^(٢) وروى الدارقطني بإسناده عن أبي ذر قال: «سمعت النبي ﷺ يقول^(٣): في الإبل صدقتها وفي الغنم صدقتها وفي البز صدقته». قاله بالزاي، ولأنه مرصد للنماء أشبه المواشي وكما لو كان مديراً.

فصل: فإن ابتاع عروضاً للتجارة بعروض ففيها الزكاة^(٤)، وبه قال أكثرهم، وقال مالك في الموضع الذي يوجب الزكاة في العروض وهو في حق المدير أن من شرطه أن يكون رأس المال ذهباً أو فضة. دليلنا: ماتقدم من الأخبار، ولأنها عروض ابتاعها للتجارة فجرت في الحول كما لو ابتاعها بالائتمان.

٤٨٣ - مسألة: إذا فسخ نية التجارة ونوى للقنية سقطت الزكاة، وبه قال أكثرهم،^(٥) وقال مالك في إحدى الروايتين: لا تسقط. دليلنا: أن الأصل في

(١) جاء في بداية المجتهد: ٢٦٩/١: (قال مالك: إذا باع العروض زكاة لسنة واحدة كالحال في الدين، وذلك عنده في التاجر الذي تضبط له أوقات شراء عروضه، وأما الذين لا يضبط لهم وقت ما يبيعونه ويشترونه، وهم الذين يخصون باسم المدير، فحكم هؤلاء عند مالك إذا حال عليه الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما بيده من العروض ... الخ).

(٢) أخرجه أبو داود في السنن: ٩٥/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٤٦/٤.

(٣) حديث أبي ذر صحيح، رواه الدارقطني: ١٠١١/٢، والحاكم في المستدرک: ٣٨٨/١ بإسنادين، وقال: هذان الإسنادان صحيحان على شرط البخاري ومسلم، ورواه البيهقي: ١٤٧/٤.

(٤) جاء في الكافي: ٣١٧/١: (وإذا اشترى نصاباً للتجارة بأخر لم ينقطع الحول، لأن الزكاة تتعلق بالقيمة والقيمة فيهما واحدة انتقلت من سلفه إلى ملفه).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٣٣٩/١: (وإن نوى بعرض التجارة القنية صار للقنية بمجرد النية. وحكي عن مالك أنه قال: لا يصير للقنية بمجرد النية).

العروض إسقاط الزكاة وإنما وجبت بنية التجارة ، فإذا زالت النية عادت إلى حكم الأصل كزوال السوم من الماشية.^(١)

٤٨٤ - مسألة : الزكاة تجب في قيمة العروض لا في أعيانها ويخرج من القيمة، وبه قال مالك^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣) : تجب في العين وتعتبر القيمة، فإذا بلغت نصاباً فإن شاء أخرج ربع عشر العين، وإن شاء ربع عشر القيمة، وقال الشافعي : في القيمة، وهل يخرج من عينها أو قيمتها ؟ على قولين.^(٤) دليلنا : أن ما اعتبر النصاب به تعلق الوجوب به كأعيان الماشية.

٤٨٥ - مسألة : إذا ملك عروضاً بهبة أو بخلع، أو نكاح أو صلح عن دم عمد ونوى بها التجارة حين التملك ففيها الزكاة، وبه قال أبو يوسف خلافاً لمحمد.^(٥) دليلنا : أنها دخلت في ملكه باختياره وتصرفه أشبه الابتياح وعكسه الميراث.^(٦)

٤٨٦ - مسألة : إذا اجتمع السوم ونية التجارة وجب زكاة القيمة،^(٧) وبه قال

(١) جاء في الكافي: ٣١٦/١: (ولو نوى بتملكه للتجارة، ثم نواه للقنية صار للقنية، لأنها الأصل). انظر: تحفة الفقهاء: ٢٧٢/١، والمهذب: ٢٩٤/١.

(٢) قال ابن قدامة: (وتخرج الزكاة من قيمة العروض لا من أعيانها). انظر: الكافي: ٣١٨/١، والممتع: ١٧٥/٢، وبداية المجتهد: ٢٦٩/١.

(٣) تحفة الفقهاء: ٢٧٣/١.

(٤) قال الشيرازي: (إذا حال الحول على عروض التجارة وجب تقويمه لإخراج الزكاة، فإن اشتراه بنصاب من الأثمان قوم به، وإن اشتراه بعرض للقنية قوم بنقد البلد). انظر: المهذب للشيرازي: ٢٦٩/١.

(٥) الكافي: ٣١٨/١، وتحفة الفقهاء: ٢٧٣/١، وبداية المجتهد: ٢٦٩/١، والمهذب: ٢٦٩/١.

(٦) جاء في التوضيح: ٤٣٥/١: (فإن ملكها يارث أو بفعله بغير نية التجارة ثم نواها، لم تصر لتجارة).

(٧) الكافي: ١٧٤/١. وجاء في التوضيح: ٤٢٧/١: (وإن ملك نصاباً من سائمة بنية التجارة فعليه زكاة تجارة دون سوم).

أبو حنيفة والشافعي: في القديم، وقال في الجديد : زكاة السوم،^(١) وبه قال مالك. دليلنا: أن السائمة تراد للتبقية ، وأما التجارة تراد للتقلب والتصرف ونية التصرف تنافي نية التبقية ، ألا ترى أنها إذا طلبت منه للربح باعها في الحال. [و]^(٢) .

٤٨٧ - مسألة : إذا ابتاع أصول نخل للتجارة فأنثرت عنده فإنه يزكي الثمرة والنخل زكاة القيمة بناءً على التي قبلها وإنه يقدم زكاة التجارة^(٣) ، وكذلك إذا ابتاع أرضاً وزرعها، وقال مالك : في الزرع والثمرة يزكيهما زكاة العين وهو العشر^(٤) ، وقال أبو حنيفة : عليه في الموضعين العشر فقط، وللشافعي قولان كالمذهبين. دليلنا: أن أبا حنيفة قد قال : إذا اشترى إبلاً سائمة بنية التجارة قدم زكاة القيمة ، كذلك ها هنا .

٤٨٨ - مسألة : تقوم عروض التجارة بما هو أحظ للمساكين من عين^(٥) أو ورق^(٦) ، فإن كان سواء في الحظ فالخيار إلى رب المال، ذكره الخرقى^(٧) ، وبه

(١) جاء في المذهب: ٥٢٤/١: (إذا اشترى للتجارة ما تجب الزكاة في عينه كنصاب السائمة والكرم والنخل نظرت، فإذا وجد فيه نصاب إحدى الزكاتين دون الأخرى وجبت فيه زكاة ما وجد نصابه، لأنه وجد سببها ولم يوجد ما يعارضه، وإذا وجد نصابهما وجبت زكاة التجارة منه).

(٢) بياض في النسختين.

(٣) قال ابن قدامة: (وإن اشترى أرضاً ونخلًا للتجارة فأنثرت النخل وزرعت الأرض فكذلك في أحد الوجهين: تجب زكاة التجارة وحدها، وفي الآخر: يزكي الثمرة والزرع زكاة العشر، ثم يقوم النخل والأرض فيزكيها، لأن ذلك أحظ للفقراء). الممتع: ١٧٦/٢.

(٤) المدونة: ٣١٠/١ وما بعدها.

(٥) العين: هنا الذهب، وهو لفظ مشترك يطلق على معان كثيرة. انظر: المقرب: ص ٣٣٤.

(٦) الورق: الفضة مضروبة أو غير مضروبة. انظر: أنيس الفقهاء: ص ٢٩٣.

(٧) جاء في الكافي: ٣١٦/١: (فإن بلغ نصاباً من كل واحد منهما قومه بما هو أحظ للمساكين، فإن استويا قومه بما شاء منهما).

قال أبو حنيفة. وقال الشافعي وأبو يوسف^(١): تُقَوِّم بما اشتراها به ، فإن كان الثمن عروضاً فبنقد البلد. دليلنا: أن ما وجب تقويمه شرعاً بحق المساكين أعتبر الأحظ ، كما لو اشتراها بالعروض والبلد نقدان، أحدهما: أحظ، ولأن ما اعتبر تقويمه لا يعتبر جنس ما اشترى به كالمثلفات ، وكما لو كان الثمن عروضاً.^(٢)

٤٨٩- مسألة: إذا قصد الفرار من الزكاة لم تسقط عنه ، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قوله : لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق خشية الصدقة، ولأنه لما أثرت التهمة في حقوق الأدميين وهو الإقرار لو ارث والطلاق في المرض، كذلك في حقوق الله تعالى.

٤٩٠- مسألة: حقوق المعدن^(٣) يتعلق بجميع ما يخرج من الأرض^(٤)، وقال أبو حنيفة^(٥): بما ينطبع خاصة ، وقال الباقر^(٦): بالأثمان. دليلنا: إنه مرغوب فيه مستفاد من المعدن أشبه الأثمان وما ينطبع، ولأنه حق يتعلق بالخارج من الأرض فلا يتعلق بنوعين كحق الزروع.

٤٩١- مسألة: يجوز بيع تراب المعدن بغير جنسه^(٧)، وبه قال مالك، وفيه رواية

(١) الأصل: ١١٩/٢.

(٢) الكافي: ٣١٨/١، جاء في الممتع: (وتقوم العروض عند الحول بما هو أحظ للمساكين من عين أو ورق). انظر: الممتع: ١٧٥/٢.

(٣) المعدن : هو ما استخرج من الأرض مما خلق فيها من غير جنسها كالذهب والفضة والحديد والنفط. انظر: التوضيح: ٤١٩/١.

(٤) الكافي: ٣١٢/١.

(٥) قسم الأحناف المعادن إلى ثلاثة أنواع: ١- ما يذاب بالإذابة وينطبع بالحيلة كالذهب والفضة. ٢- ما لا يذاب ولا ينطبع كالجص والياقوت. ٣- ما هو مائع كالنفط.

فإذا كان مما يذاب بالإذابة وينطبع بالحيلة فإنه يجب فيه الخمس قل أو كثر). انظر: تحفة الفقهاء: ٣٣٠/١.

(٦) جاء في المذهب: ٥٣٢/١: (وإن وجد شيئاً غير الذهب والفضة كالحديد والرصاص وغيرهما لم تجب فيه الزكاة، لأنها ليست من أموال الزكاة). انظر: المجموع: ٧٥/٦.

(٧) الكافي: ٣١٣/١.

أخرى: لا يجوز حتى يخلصه، وبه قال الشافعي وجه الأولى: أنه مستور بما هو من أصل خلقته أشبه الجوز واللوز في قشريهما.

٤٩٢ - مسألة: حق المعدن ربع العشر^(١)، وقال أبو حنيفة^(٢): الخمس. وعن الشافعي^(٣): كالمذهبين، وعنه قول ثالث: إن أصابه مجتمعاً من غير مؤونة فالخمس، وبالمؤونة ربع العشر، وعن مالك كمذهبنا. وكالقول الثالث للشافعي. دليلنا: ما روي أن النبي ﷺ: «أقطع بلال بن الحارث المعدن القبليّة من ناحية الفرع فتلك المعدن لا يؤخذ منها إلّا الزكاة إلى يوم القيامة»^(٤). وفي لفظ آخر: فأخذ منه النبي ﷺ زكاتها، وإذا ثبت أنه زكاة كان ربع العشر كسائر الزكوات، ولأنه حق مال يجب على المسلم في ماله، فكان زكاة كسائر الزكوات.

٤٩٣ - مسألة: النصاب معتبر فيما يستفاد من المعدن^(٥)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٦). دليلنا: أنه حق يجب على المسلم في ماله أشبه سائر الزكوات. فصل: والحوّل غير معتبر، وبه قال أكثرهم^(٧) خلافاً لداود. دليلنا: قوله

(١) انظر: الكافي: ٣١٢/١.

(٢) تحفة الفقهاء: ٣٣٠/١.

(٣) لقد لخص الشيرازي مذهب الشافعية بقوله: (وفي زكاة المعدن ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجب ربع العشر، لأن زكاة الذهب والفضة ربع العشر. القول الثاني: يجب فيه الخمس، لأنه مال تجب الزكاة فيه بالوجود فتقدرت زكاته بالخمس كالركاز.

القول الثالث: أنه إذا أصابه من غير تعب وجب فيه الخمس، وإن أصابه بتعب وجب فيه ربع العشر.

(٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى: ١٥٢/٤.

(٥) جاء في الكافي: ٣١٢/١: (ويشترط له النصاب وهو مائتا درهم من الورق، أو عشرين مثقالاً من الذهب أو قيمته ذلك من غيرهما، لأنه مال تجب فيه الزكاة فاشترط منه النصاب كسائر ما يجب فيه). انظر: الممتع: ١٥٢/٢، والتوضيح: ٤١٩/١.

(٦) لا يشترط النصاب عند الأحناف. انظر: تحفة الفقهاء: ٣٣٠/١.

(٧) بداية المجتهد: ٢٧٠/١، والكافي: ٣١٢/١ جاء فيه: (ولا يعتبر لها حول، لأنه يراد لتكامل النماء).

تعالى: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً»^(١)، ولأنه مستفاد من الأرض أشبه الزرع.

٤٩ - مسألة: لا يعتبر النصاب في الركاز^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً للشافعي في أحد قوليه^(٤) دليلنا: أنه مال مخموس أشبه مال الفئ والغنيمة.

٤٩ - مسألة: حق المعدن مصرفه مصرف الزكاة^(٥)، وبه قال أكثرهم وهو اختيار الخرقي، وقال أبو حنيفة: «مصرف الفئ والغنيمة»، دليلنا: أن من أصلنا أنه زكاة، ولأنه حق يجب على المسلم فيما يستفاد من الأرض أو حق لا مدخل لأغنياء ذوي القربى فيه أشبه عشر الزرع.

٤٩ - مسألة: ما يجب في الركاز يصرف مصرف الفئ، وبه قال أبو حنيفة. وفيه رواية أخرى: مصرف الزكاة. وبه قال الشافعي^(٦)، وهي اختيار الخرقي وجه الأولى: أنه حق مقدر بالخمس^(٧)، أشبه خمس الفئ والغنيمة.

(١) سورة التوبة: آية: ١٠٣ .

(٢) الركاز: هو مال الكفار المدفون في الأرض. انظر: القاموس المحيط: ١٨٣/٢ .

(٣) جاء في الممتع: ١٥٦/٢: (لأنه مال مخموس فلا يعتبر فيه نصاب كالغنيمة والزرع، والفرق بينه وبين المعدن: أن المعدن يحتاج إلى عمل ونوائب فاعتبر فيه النصاب تخفيفاً).

(٤) جاء في المذهب: ٥٣٦/١: (وهل يعتبر فيه النصاب؟ فيه قولان، قال في القديم: يخمس قليله وكثيره، لأن ما خمس كثيره خمس قليله كالغنيمة. وقال في الجديد: لا يخمس مادون النصاب، لأنه حق يتعلق بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كحق المعدن).

(٥) جاء في الكافي: ٣١٣/١: (ومصرفه مصرف الفئ لذلك .. وعنه مصرفه مصرف الزكاة، اختارها الخرقي، لأن علياً أمر واجد الركاز أن يتصدق به على المساكين).

(٦) جاء في حلية العلماء: ٣٤٦/١: (وما يجفني الزكاة والمعدن زكاة يصرف مصرف الزكوات. وقال أبو حنيفة: تصرف مصرف الفئ، وهي الروايتان عن أحمد، وهو اختيار المزني، وأبي حفص من الوكيل).

(٧) وأما كون الخمس لأهل الفئ على المذهب، فلأن رجلاً وجد ألف دينار مدفونة خارجاً عن المدينة، فأتى بها عمر بن الخطاب فأخذ منها الخمس ودفع إلى الرجل بقيتها وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين... وأما كونه لأهل الزكاة على الرواية الثانية لأن علياً أمر صاحب الكنز أن يتصدق به على المساكين). انظر: الممتع: ١٥٦/٢ وما بعدها.

٤٩٧- مسألة: يجوز دفع حق المعدن والركاز إلى واجده^(١)، وكذلك الزكاة إلى من وجبت عليه والمنصوص عنه في الصدقة، وقال أبو حنيفة: في المعدن الركاز خاصة يجوز، وقال الشافعي: لا يجوز في الجميع. دليلنا: ما روى الشعبي أن رجلاً وجد خمسة آلاف درهم فحملها إلى علي ابن أبي طالب فأخذ منه الخمس ثم قال: حق مردود فيك، ولأن من جاز أن يدفع إليه حق المعدن والركاز، كذلك الزكاة كبقية الفقراء، ولأن أبا حامد حكى في تعليقه جواز الدفع إليه من فطرته، كذلك هاهنا.

٤٩٨- مسألة: حق الركاز يتعلق بجميع ما يخرج منه^(٢)، وقال مالك والشافعي: من الأثمان خاصة وعنهما كمذهبن. دليلنا: أن ما خمس منه الأثمان خمس غيرها كمال الفئ والغنيمة.

٤٩٩- مسألة: إذا وجد في داره معدناً ففيه ما في الموات، وقال أبو حنيفة: لا شيء فيه، ووافقنا أصحابه^(٤). دليلنا: أن ما وجب فيه حق لا فرق بين أن يأخذه من ملكه أو من أرض فلاة كالركاز.

٥٠٠- مسألة: إذا وجد في داره ركازاً فهو له ويخمس، وفيه رواية أخرى: يسأل عن الذي انتقل عنه حتى يصل إلى أول من ملكها فيكون له، وبه قال الشافعي^(٥)، وعن أبي حنيفة نحوه، وعن صاحبيه كالرواية الأولى. دليلنا: أنه يملك بالظهور فكان لأخذه كالغنيمة وكالمعدن.

(١) جاء في الكافي: ٣١٤/١: (وفي جواز رده على واجده وجهان ..).
(٢) جاء في التوضيح: ٤٢٠/١: (وفي الركاز الخمس أي نوع كان، قل أو كثر).
(٣) جاء في المذهب: ٥٣٥/١: (ويجب حق الركاز في الأثمان «هذا هو الأصح باتفاق الأصحاب»). وفي غير الأثمان قولان: قال في القديم: يجب في الجميع، وقال في الجديد: لا يجب.
(٤) انظر: تحفة الفقهاء: ٣٣٠/١ وما بعدها.
(٥) الممتع: ١٥٨/٢، والكافي: ٣١٤/١، والمذهب: ٢٩٩/١.

٥٠- مسألة: جميع ما يؤخذ من البحر ففيه الزكاة إذا بلغ نصاباً، وفيه رواية أخرى: لا شيء فيه، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو يوسف ومحمد: في العنبر خاصة الخمس، ولا شيء في السمك وجه الأولى: أنه أحد المسلكين أشبه البر.

٥٠- مسألة: إذا امتنع من أداء الزكاة مع اعتقاد وجوبها أستتيب ثلاثاً، فإن تاب وإلا قتل^(٢)، وقال أكثرهم: لا يقتل بل يطالب بها^(٣). دليلنا: ما روي عنه [عليه السلام] في حديث أبي هريرة أنه قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة»^(٤) ذكره البخاري في صحيحه، ولأنها أحد العبادات الخمس أشبه الشهادتين، ولا يلزم بقية العبادات لأنها كمسألتنا.

٥٠- مسألة: تجب الفطرة^(٥) على الإنسان عن عبده وولده^(٦)، وبه قال أكثرهم^(٧) خلافاً لداوود. دليلنا: قوله في حديث أبي هريرة: «لا صدقة على الرجل في فرسه وعبده إلا صدقة الفطر»^(٨) وروى أبو سعيد فيما ذكره أبوداود قال:

(١) جاء في الكافي: ٣١٣/١: (فأما الخارج من البحر كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ففيه روايتان، إحداهما: لا شيء فيه، لأن ابن عباس لا شيء في العنبر إنما هو شيء ألقاه البحر. والثانية: فيه الزكاة، لأنه معدن أشبه معدن البحر، ولا شيء في السمك، لأنه صيد).

(٢) الكافي: ٢٧٧/١، والروض المربع: ص ١٨٠، جاء في الكافي: (وإن منعها معتقداً وجوبها أخذها الإمام منه وعززه، فإن قدر عليه دون ماله استتابه ثلاثاً، فإن تاب وأخرج وإلا قتل وأخذت من تركته).

(٣) انظر: المهذب: ٤٦٠/١.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ١٧/١، وأخرجه مسلم في صحيحه: ٥٣/١.

(٥) الفطر والفطرة: اسم مصدر بمعنى الخلقة «فطرة الله التي فطر الناس عليها». وشرعاً: اسم لما يعطى من المال بطريق الصلة والعبادة ترحماً مقدراً طهرة للصائم. انظر: حاشية ابن عابدين: ٣٥٧/٢.

(٦) الممتع: ١٨٠/١، وفتح القدير: ٢٨١/٢، والمهذب: ٣٠٠/١.

(٧) جاء في حلية العلماء: ٣٤٨/١: (زكاة الفطر واجبة على كل حر مسلم يملك ما يخرج في صدقة الفطر، فاضلاً عن كفايته وكفاية من تلزمه كفايته في ليلة الفطر ويومه). وقال الأصم وابن علية: (زكاة الفطر مستحبة).

(٨) انظر: صحيح ابن خزيمة: ٢٩/٤ إلا أنه قال: (ليس على المسلم في عبده وفرسه).

«كنا نخرج إذا كان فينا رسول الله ﷺ زكاة الفطر عن كل صغير وكبير، حر أو مملوك صاعاً من طعام من أقط، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من زبيب»^(١).

٥٠٤ - مسألة: تجب زكاة الفطر على الابن عن أبيه وجده مع فقرهما، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: قول أبي هريرة وابن عمر: «فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر على الصغير والكبير، والذكر والأنثى ممن تمونون»^(٤)، ولأنه شخص من أهل الطهرة في نفقة شخص من أهل الطهرة، فلزمه فطرته كالابن في نفقة أبيه.

فصل: فإن تطوع بنفقة إنسان لزمه فطرته خلافاً لأكثرهم^(٥). دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس.

٥٠٥ - مسألة: يلزم المكاتب إخراج الفطرة عن نفسه^(٦)، وقال أكثرهم: لا يلزمه، ولا يختلف أنها لا تلزم السيد. دليلنا: أنه مسلم يلزمه نفقة نفسه أشبه الحر.

٥٠٦ - مسألة: يلزم الزوج إخراج الفطرة عن زوجته، وبه قال أكثرهم^(٧) وقال

(١) رواه البخاري في كتاب الزكاة: ٢٩٤/٣، ومسلم: ٦٧٩/٢.

(٢) الكافي: ٣٢٢/١.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٣٦/١: (وكذلك الأب الفقير لا يجب على الأب صدقة فطره، وكذلك الزوجة).

(٤) أخرجه البخاري: ٥٤٧/٢، ومسلم: ٥٧/٧ وزاد البخاري «وأمر أن تؤدى قبل خروج الناس للصلاة».

(٥) المذهب: ٣٠١/١، والكافي: ٣٢٢/١.

(٦) جاء في الممتع: ١٨٢/٢: (وإن كان مكاتباً. فمعناه أن المكاتب تجب عليه زكاة الفطر).

(٧) الكافي: ٣٢٢/١، الأم: ٦٣/٢، الوجيز: ٩٨/١، المجموع: ١٠١/٦. جاء في المدونة:

٣٨٩/١: (ويؤدى الزوج عن امرأته من ماله صدقة الفطر وإن كان لها مال، فليس على المرأة أن تؤدى عن نفسها إذا كان لها زوج، إنما صدقة الفطر على زوجها، لأن نفقتها على زوجها).

أبو حنيفة : هي عليها^(١) دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس ، ولأنه سبب يتحمل به النفقة ، فيتحمل به الفطرة كالملك والنسب.

٥٠ - مسألة: على السيد زكاة الفطر عن عبيد التجارة. وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: الحر والقياس على عبيد القنية.

٥٠ - مسألة: وليس عليه الفطرة عن عبيده الكفار^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: ما تقدم من حديث ابن عمر : « فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان صاعاً من تمر، صاعاً من شعير على كل حر وعبد، ذكر وأنثى من المسلمين »^(٥)، ولأنه كافر أشبه إذا كان للتجارة، ولأنه لو كان حراً لم يترك عن نفسه، فإذا كان عبداً لم يترك عنه، أصله ما ذكرنا، ولأنه كفر المزكى عنه يمنع الإخراج كالإبن الصغير إذا ارتد.

٥٠ - مسألة: تجب الفطرة عن العبد المشترك ، وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لأبي حنيفة^(٧). دليلنا: أنه حق يجب عن المالك المنفرد فوجب عن المشترك كالنفقة وزكاة المال، ولأنهم قد قالوا في الجارية بين شريكين إذا وطئها، ثم

(١) انظر: المبسوط: ١٠٥/٣، والهداية: ١١٥/١.

(٢) جاء في حلية العلماء: ٣٤٨/١: (ومن وجبت عليه فطرة نفسه وجب عليه فطرة من تلزمه نفقته إذا كانوا مسلمين من والد وولد وعبد وأمة).

(٣) جاء في الكافي: ٣١٩/١: (فلو كان للمسلم عبد كافر أو زوجة كافرة لم تجب فطرتهما لقوله: «من المسلمين» ، ولأنها زكاة فلا تلزم الكافر كزكاة المال).

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٣٧/١: (وأما العبد إذا كان كافراً فإنه تجب على المولى صدقة فطره عندنا .. خلافاً للشافعي).

(٥) سبق تخريجه في المسألة رقم (٥٠٤).

(٦) الأم: ٦٢/٢، والمجموع: ١٠٣/٦.

(٧) بدائع الصنائع: ٩٦٤/٢. وجاء في تحفة الفقهاء: ٣٣٧/١: (والعبد المشترك بين اثنين لا تجب صدقة فطره على المولين، لأنه ليس لكل واحد منهما ولاية كاملة).

جاءت بولد يلحق بهما وأخرجاً عنه الفطرة ثم اختلفوا، فقال أبو يوسف : يخرج كل واحد صاعاً تاماً، وقال محمد : يخرج كل واحد نصف صاع، فكذلك هاهنا .

فصل : ويخرج كل واحد صاعاً وهي اختيار الخرقى وأبي بكر، وفيه رواية أخرى^(١) : هي بينهما، وبه قال أكثرهم^(٢) وجه الأولى: أن من لزمه الفطرة عن غيره لزمه فطرة تامة كالمنفرد بالملك .

فصل : فإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً، أخرج العبد عن نفسه والسيد عن حصته، وهي اختيار أبي بكر، وبه قال الشافعي ومالك في إحدى الروايتين عنه، والأخرى قال : لا يلزم العبد شيء، وقال أبو حنيفة : لا يلزم واحد منها شيء. دليلنا: ما تقدم، وأن الفطرة تعتبر بالنفقة ثم تلك عليهما كذلك هاهنا .

٥١٠- مسألة : صدقة الفطر تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان^(٣)، وقال أبو حنيفة : بطلوع الفجر من يوم الفطر^(٤)، وعن مالك والشافعي كالمذهبيين^(٥). دليلنا: أن النبي ﷺ علق ذلك بالفطر من رمضان ولا يخلوا، أما أن يريد به آخر الفطر، أو الليلة الأولى وما بعدها، وأجمعنا أن ليس المراد به الليلة الأولى وما بعدها، دل على أنه أراد آخر ليلة فيه. ولأن طلوع الفجر زمان لا يتعقب محل الصيام ، فلا يتعلق به الفطر. دليلنا: ما بعد طلوع الفجر.

(١) جاء في الكافي: ٣٢٢/١: (وإن كان العبد لسادة فعليهم فطرته، لأن عليهم نفقته وعلى كل واحد من فطرته بقدر ما يلزمه من نفقته.. وعنه على كل سيد فطرة كاملة لأنها طهرة فوجب تكميلها). انظر: التوضيح: ٤٢٩/١ .

(٢) المهذب: ٥٣٩/١ .

(٣) جاء في الكافي: ٣٢٠/١: (الشرط الثاني: «دخول وقت الوجوب وهو غروب الشمس من ليلة الفطر»).

(٤) وجاء في تحفة الفقهاء: ٣٣٩/١: (فعد أصحابنا : وقت الفجر الثاني من يوم الفطر).

(٥) وفائدة الخلاف: أن من ولد له ولد قبل طلوع الفجر تجب عليه صدقة فطره، ومن ولد له بعد ذلك لا تجب، وعند الشافعية على عكس هذا. انظر: تحفة الفقهاء: ٣٣٩/١ .

٥١- مسألة: لا يعتبر في وجوب الفطرة النصاب المعين في زكاة الأموال، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢). دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أدوا عن كل إنسان صاعاً من بر عن الصغير والكبير، والذكر والأنثى، الغني والفقير، أما الغني فالله يزكيه، وأما الفقير فيرد الله عليه أكثر مما أعطاه»^(٣)، ولأنه حق مال لا يزيد بزيادة المال فلا يعتبر فيه النصاب كجزء الصيد وفدية الأذى وعكسه الزكوات.

٥١- مسألة: يجوز تعجيل الفطرة على وجوبها بيوم أو يومين^(٤). وقال أبو حنيفة: بسنة أو سنتين^(٥)، وقال الشافعي^(٦): إذا دخل رمضان. دليلنا: أن النبي ﷺ حث على أغنائهم عن الطلب في يوم العيد^(٧)، وتقدمه بالكثير يمنع ذلك، ولأنها صدقة تجب بسببين فلا يتقدم عليهما كصدقة المال.

فصل: والدلالة على أنها لا تجوز من أول الشهر أنه حق مال مقصود في يوم العيد، فاختص به وبما قاربه كالأضحية.

٥١- مسألة: لا يجزئ في الفطرة أقل من صاع، وبه قال أكثرهم^(٨)، وقال أبو حنيفة: من البر نصف صاع^(٩). دليلنا: ما تقدم من الحديث، وبه قال:

(١) جاء في الكافي: ٣٥/١: (ولا يشترط لوجوبها الغنى بنصاب ولا غيره... لأنه حق مالي لا يزيد بزيادة المال فلم يشترط في وجوبه النصاب كال كفارة). انظر: الأم: ٦٤/٢، والمجموع: ٩٦/٢، والوجيز: ٩٩/١.

(٢) بدائع الصنائع: ٩٦١/٢، والمبسوط: ١٠٢/٣.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٤٧/٢.

(٤) قال ابن قدامة: (فإن قدمها قبل ذلك بيوم أو يومين جاز). انظر: الكافي: ج١، ص ٣٢١.

(٥) مذهب الحنفية: أنه يجوز تقديمها مطلقاً. انظر: تفصيل ذلك في بدائع الصنائع: ٩٧٢/٢.

(٦) انظر: المذهب: ٣٠٣/١، والمجموع: ١١٦/٦.

(٧) لقول رسول الله ﷺ: «أغنوهم عن الطلب في هذا اليوم». هذا الحديث رواه البيهقي بإسناد ضعيف، وأشار إلى تضعيفه: ١٧٥/٤.

(٨) لكافي: ٣٢٢/١، وبداية المجتهد: ٢٨١/١.

(٩) تحفة الفقهاء: ٣٣٧/١، يرى أبو حنيفة أن المقدار الواجب نصف صاع من حنطة، وقال أبو يوسف ومحمد: صاعاً.

صاعاً من طعام ، وفي لفظ آخر رواه الدارقطني بإسناده عن أوس بن الحدثان أن النبي ﷺ قال : «أخرجوا صدقة الفطر صاعاً من طعام، وطعامنا يومئذ البر والزبيب والأقط»^(١)، ولأنه أحد الأجناس المخرجة أشبه بقية الأصناف.

٥١٤-مسألة: يجوز إخراج الدقيق^(٢) على أنه أصل لا قيمة، وبه قال أبوحنيفة^(٣)، وقال أكثرهم : لا يجزئ أصلاً.^(٤) دليلنا: أنه منصوص عليه أشبه الأصناف الآخر، وقد دل على الوصف حديث أبي سعيد، وبه قال : «صاعاً من دقيق»^(٥)، ولأنه مكيل مباح لا يباع بالحنطة متفاضلاً أشبه الحنطة.

٥١٥- مسألة: يجوز إخراج الأقط على أنه أصل، وبه قال مالك^(٦)، وقال أبوحنيفة^(٧) : يخرج به قيمة. وللشافعي قولان. دليلنا: حديث أبي سعيد، ولأنه منصوص عليه أشبه البر .

٥١٦- مسألة: يجوز إخراج المنصوص عليها، وإن كان قوت البلد البر، وبه قال أكثرهم^(٨)، وقال الشافعي : إذا كان قوت البلد البر لم يجز إخراج غيره، ومن أصحابه من قال فيها قول آخر: أنه يجوز، ولا يختلفون أنه إذا كان قوت

-
- (١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ص ٢٢٤ حديث ٦١٣، والدارقطني في سننه: ١٤٧/٢.
 (٢) لأن الدقيق أجزاء الحب متفرقاً، وقد كفى الفقير مؤنة طحينه.
 (٣) جاء في تحفة الفقهاء: ١٣٨/١ : (وقد قال أصحابنا: إن دقيق الحنطة والشعير وسوفهما مثلهما، لما روي في الحديث: «أدوا مدين من قمح أو دقيق».)
 (٤) جاء في المذهب: ٥٤٦/١ : (ولا يجوز إخراج الدقيق، وقال أبو القاسم الأنماطي: يجوز، لأنه منصوص عليه في حديث أبي سعيد الخدري، والمذهب لا يجوز، لأنه ناقص المنفعة عن الحب فلم يجز كالخبز).
 (٥) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٤٦/٢.
 (٦) في مذهبنا روايتان، (الأولى: أن الأقط يجزئ كأصل، والثانية: لا يجزئ، لأنه جنس لا تجب فيه الزكاة فلا يجزئ إخراج كالحم). انظر: الممتع: ١٩٢/٢، وبداية المجتهد: ٢٨١/١.
 (٧) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٣٨/١ : (فيعتبر فيه القيمة عندنا، خلافاً لمالك).
 (٨) جاء في الكافي: ٣٢٣/١ : (فأيهما أخرج أجزاءه سواء كانت قوته أو لم تكن لظاهر الخبر). الممتع: ١٩٢/٢.

البلد الشعير فأخرج البر أنه يجزئه. دليلنا: أن ما جاز إخراجَه إذا كان قوت البلد جاز وإن لم يكن كالبر .

٥١٧- مسألة: يجوز إخراج الصاع من جنسين ويكون أصلاً^(١)، وقال أبوحنيفة^(٢): يكون قيمة ، وقال مالك والشافعي^(٣): لا يجزئ لا قيمة ولا أصلاً. دليلنا: أن أحد الجنسين لما ناب عن جميع الأجزاء فأولى أن ينوب عن بعضه إذا كان معناهما واحد، ألا ترى أن التراب لما ناب عن جميع الماء ناب عن بعضه، ولا يلزم العتاق مع الإطعام أو الصيام أنه ينوب أحدهما عن جميع الآخر لا عن بعضه، لأن المقصود من كل واحد منهما مخالف الآخر، ولهذا لو كسا البعض وأطعم البعض أجزاء عندنا.

٥١٨- مسألة: التمر أفضل من البر في الفطرة^(٤)، وقال الشافعي : البر أفضل. قال أصحابه : هذا على أن قيمته أعلى فاعتبروا أعلى القيم. دليلنا: ما روي عن ابن عمر: «أنه لما قيل له إن الله قد أوسع، وإن البر أفضل، فقال : إن أصحابي سلكوا طريقاً وإني أحب أن أسلكه، وأعطي ما كانوا يعطون»^(٥)، ولأن التمر يجتمع فيه الحلاوة والقوت ، ولأنه يقرب تناوله والبر بخلافه ، ولأن البر أحد الأجناس فكان التمر أفضل منه كالشعير.

(١) جاء في الممتع: ١٩٢/٢: (ويجزئ إخراج صاع من أجناس... فلأنه مخير بين أي الجنسين شاء، فكذا في البعض).

(٢) تحفة الفقهاء: ٣٣٨/١.

(٣) بداية المجتهد: ٢٨٦/١، وجاء في المذهب: ٤٠٣/١: (ولا يجوز في فطرة واحدة أن يخرج من جنسين، لأن ما خير فيه بين جنسين لم يجز أن يخرج من كل واحد منهما بعضه ككفارة اليمين).

(٤) جاء في الكافي: ٣٢٣/١: (والأفضل عند أبي عبد الله إخراج التمر، لما روى مجاهد قال: قلت لابن عمر: إن الله قد أوسع والبر أفضل من التمر. قال: إن أصحابي قد سلكوا طريقاً، وأنا أحب أن أسلكه فاتر الاقتداء بهم على غيره، وكذلك أحمد، ثم بعد التمر البر، لأنه أكثر نفعاً وأجود).

(٥) انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، باب الصدقة قبل العيد: ٩١/٤ .

٥١٩- مسألة: الصاع خمسة أرطال وثلاث بالعراقي^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة: ثمانية أرطال.^(٣) دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ: «أنه قال لكعب بن عجرة في فدية الأذى تصدق بثلاثة أصع من تمر بين ستة مساكين»^(٤)، وقال في موضع آخر: «تصدق بفرق»^(٥)، والفرق ستة عشر رطلاً، فدل على أن الصاع خمسة أرطال وثلاث، ذكره أبو داود في الحج، ولأن أهل المدينة نقلوا صاع النبي ﷺ وقبره ومنبره ثم الرجوع إليهم في ذلك، كذلك في الصاع. والدلالة على ذلك ما روي أن أبا يوسف سأل مالك بن أنس بحضرة الرشيد عن مقدار صاع النبي ﷺ فاستمهل الغد، ثم جاء من الغد ومعه أولاد المهاجرين والأنصار، ومع كل واحد صاعه الذي ورثه عن مورثه الذي كان يؤدي الزكاة إلى رسول الله ﷺ، فكان خمسة أرطال وثلاث فرجع أبو يوسف عن مذهبه.

٥٢٠- مسألة: يجوز وضع الزكاة في صنف واحد^(٦)، وبه قال أكثرهم، وقال

(١) الصاع، والصوع، والصواع: مكبال يستعمل في كيل الجامدات كالحبوب وغيرها، وهو يساوي ٢,٣٦ كيلوجرام. انظر: القاموس المحيط: ٣٤٩/١، والمصباح المنير: ٣٧٦/١، والمقادير الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بها: ص ٣٠٧.

(٢) الكافي: ٣٢٤/١.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٣٨/١: (ثم مقدار الصاع ثمانية أرطال عندنا. وقال أبو يوسف والشافعي: خمسة أرطال وثلاث رطل، لأن صاع أهل المدينة كذلك وتوارثوه خلفاً عن سلف لكننا نقول: ما ذكرنا صاع عمر، ومالك من فقهاء المدينة قال: إن صاع المدينة أخرجه عبد الملك بن مروان، فأما قبله كان ثمانية أرطال).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٨٥/٥، والطبراني في المعجم الكبير: ١٥٧/١٩.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده: ٢٤٣/٤، وصحيح مسلم: ٨٦٠/٢.

(٦) جاء في الممتع: ١٩٣/٢: (يجوز أن يعطي الجماعة ما يلزم الواحد، والواحد ما يلزم الجماعة، لأن الفطرة زكاة فجاز ذلك فيها كزكاة المال). الأصل: ١٧٢/٢، والمدونة: ٢٩٥/١، وجاء في بداية المجتهد: ٢٧٥/١: (ذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجوز للإمام أن يصرفها في صنف واحد أو أكثر إذا رأى ذلك بحسب الحاجة، وقال الشافعي: لا يجوز، بل يقسم على الأصناف الثمانية).

الشافعي^(١) : لا يجزئ ، وقد حكى عن أحمد نحوه. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَخْشَوْهَا تَتَوْتَّوَهَا الْفُقَرَاءُ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ﴾^(٢)، فاقترصر على الفقراء، ولأنها صدقة لغير أعيان فجاز صرفها إلى جنس كالكفارات، وكقوله: إن شفا الله مريضه فله عليّ أن أتصدق بمالي، ولأن الغارم وابن السبيل أحد الأصناف الثمانية، فجاز إسقاطه كالعامل والمؤلفة.

فصل: ويجوز دفعها إلى واحد، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: أقل ما يجزئ من كل صنف ثلاثة، فإن دفع إلى نفسين مع القدرة على ثالث ضمن ثلث سهم. دليلنا: أنه صدقة غير مقدرة بعدد أشبه النذر، وعكسه الكفارات، ولا يلزم خمس الغنيمة والفئ لقولنا صدقة.

٥٢١- مسألة: إذا نقل الصدقة إلى بلد تقصر إليه الصلاة لم يجزه^(٣) خلافاً لأبي حنيفة ومالك^(٤) وعن الشافعي كالمذهبيين^(٥)، وعن أحمد نحوهما. دليلنا:

(١) جاء في المذهب: ٥٦٢/١: (ويجب صرف جميع الصدقات إلى ثمانية أصناف. وقال أبو سعيد الأصبغري: تصرف زكاة الفطر إلى ثلاثة من الفقراء، لأنه قدر قليل، فإذا قسم على ثمانية أصناف لم يقع ما يدفع إلى كل واحد منهم موقعاً من الكفاية). والمذهب الأول. راجع: المجموع: ١٩٣/٦.

(٢) سورة: البقرة: الآية: ٢٧١.

(٣) قال ابن قدامة: (ويؤمر الساعي بتفريق الصدقة في بلدها.. ولا يجوز نقلها عنهم إلى بلد تقصر فيه الصلاة لذلك، ولأن نقلها عنهم يفض إلى ضياع فقرائهم، فإن نقلها رب المال ففيه روايتان: إحداهما: لا يجزئه. والأخرى: يجزئه). انظر: الكافي: ٣٣٠/١.

(٤) قال التنوخي: (ولا يجوز نقلها إلى بلد تقصر إليه الصلاة.. فإن فعل فهل تجزئه؟ على روايتين إلا أن يكون في بلد لها فقراء فيه فيفرقها إلى أقرب البلاد إليه.. لأن النبي ﷺ قال لمعاد: «أعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم». انظر: الممتع: ٢٠١/٢.

(٥) جاء في المذهب: ٥٧٣/١: (ويجب صرف الزكاة إلى الأصناف في البلد الذي فيه المال، فإن نقل إلى الأصناف في بلد آخر ففيه قولان:

أحدهما: يجزئه، لأنهم من أهل الصدقة فأشبه أصناف البلد الذي فيه المال.

والثاني: لا يجزئه، لأنه حق واجب لأصناف بلد. والأول هو الأصح). انظر: المجموع: ٣٣٨/٦.

أنها صدقة مأمور بها لأهل بلد فلا تصرف إلى غيرهم كالوصية، وقد دل على الوصف أنهم يكرهون نقلها عنهم.

٥٢٢ - مسألة: لا يجوز دفع شيء من الصدقات المفروضات إلى أهل الذمة^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: لا يجوز في زكاة المال خاصة^(٢). دليلنا: قوله ﷺ: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم فأردها في فقرائكم»^(٣)، ولأنه لا يجوز دفع المال إليه فهو كالغني والحربي.

٥٢٣ - مسألة: إذا دفع زكاة ماله إلى غني وهو لا يعلم ثم علم أجزاءه^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى أنه لا يجزيه، وبه قال مالك والشافعي في الصحيح من قوليه^(٥) وجه الأولى: أنه دفعها إلى من ظاهره الفقر^(٦) فأجزأه كما لو تولى الإمام تفريقها، ولأن الفقر يثبت بالاجتهاد، والغنى بالاجتهاد، فلو قلنا: لا تجزيه نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد، وهذا لا يجوز، كالحاكم لا ينقض اجتهاده بمثله، ولا يلزم إذا ظهر الكفر أو الرق والنسب، لأن ذلك كاليقين، ألا ترى أنه يستباح القتل بالكفر والوطء لأجل الملك يكلف من ينفي النسب اللعان وإلا لزمه الحد مع أنه لا نص في ذلك.

(١) انظر: الأصل: ١٤٩/٢، والمدونة: ٢٩٨/١.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٠٣/١: (وأما صرف ما وراء الزكاة والعشر إلى فقراء أهل الذمة فجائز عند أبي حنيفة ومحمد، نحو صدقة الفطر، والصدقة المنذورة، ولكن الصرف إلى المسلمين أولى).

(٣) أخرجه البخاري: ٥٤٢/٢، كتاب الزكاة، ومسلم: ١٩٦/١، كتاب الإيمان.

(٤) جاء في الكافي: ٣٤٠/١: (وإذا دفع رب المال الصدقة إلى غني يظنه فقير ففيه روايتان، أحدهما: لا يجزئه لأنه دفعها إلى غير مستحقها. والثانية: يجزئه).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٣٦٧/١: (فإن دفع الزكاة إلى من ظاهره الفقر فبان غنياً فهل يضمن؟ قولان: أحدهما: تجزئه ولا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة. والثاني: لا تجزئه).

(٦) الفقير: هو الذي لا يجد ما يقع موقعاً من كفايته فيدفع إليه ما تزول به حاجته، فهو أمس حاجة من المسكين. وقال أبو حنيفة: المسكين أمس حاجة من الفقير.

٥٢- مسألة : المانع من الزكاة^(١) أن يكون له كفاية دائمة وخمسون درهماً^(٢)، أو قيمتهما من الذهب خاصة ، وبه قال بعض المالكية ، ولم نجد فيه تحديداً عن مالك ، وقال الشافعي : تعتبر الكفاية ، وقال أبو حنيفة : إذا كان معه مائتي درهم أو متاع ففضل عن مسكنه وخادمه ومتاع بيته بما قيمته مائتي درهم لم يأخذ الصدقة. دلبنا : قوله ﷺ في حديث ابن مسعود : « لا تحل الصدقة لرجل له خمسون درهماً »^(٣). رواه الدارقطني، وفي لفظ آخر رواه الأثرم أن عبد الله سمع النبي ﷺ يقول : «من سأل الناس وهو غني، جاء يوم القيامة خموش^(٤) أو كدوح^(٥) أو شين^(٦) في وجهه، قالوا ما الغنى ؟ قال : خمسون درهماً أو قيمتها من الذهب»^(٧)، ولأن جريان الزكاة حكم يتعلق بالغنى ، فجاز أن يختلف باختلاف المال كإيجاب الزكاة، ونخص أبا حنيفة بأن وجود الغنى يجوز أن يكون مانعاً كالمستغنى بالنصاب، أو نقول عدم الكفاية يجوز أن يكون مبيحاً كالذي لا يجد نصاباً.

(١) جاء في بداية المجتهد: ٤٢/٢ : (وأما حد الغنى الذي يمنع من الصدقة :

فذهب الشافعي : إلى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطلق عليه الاسم.

وذهب أبو حنيفة : إلى أن الغنى هو مالك النصاب.

وقال مالك : ليس في ذلك حد، إنما هو راجع إلى الاجتهاد).

(٢) جاء في الكافي : ٣٣٨/١ : (وفي ضابط الغنى روايتان : إحداهما : أنه الكفاية على الدوام إما بصناعة أو مكسب أو أجرة ونحوه. والثانية : أنه الكفاية ، أو ملك خمسين درهماً ، أو قيمتها من الذهب).

(٣) رواه أبو داود : الحديث رقم ١٦٢٦ ، والترمذي : الحديث رقم ٦٥٠ ، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ج ١٠ ، حديث رقم ١٠١٩٩ .

(٤) خموش : أي خدوش . يقال خمشت المرأة وجهها تخمشه خمشاً وخموشاً . والخموش مصدر ويجوز أن يكون جمعاً . انظر : النهاية في غريب الأثر : ٧٩/٢ .

(٥) كدوح : كل أثر من خدش أو عض فهو كدح ، ويجوز أن يكون مصدراً سمي به . انظر : النهاية في غريب الأثر : ١٥٥/٤ .

(٦) شين : الشين العيب . انظر : النهاية في غريب الأثر : ٥٢١/٢ .

(٧) أخرجه الترمذي عن ابن مسعود وقال : هذا حديث حسن . وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير : ج ٤ ، حديث رقم ٣٥٠٤ .

٥٢٥ - مسألة: لا يدفع الزكاة إلى الغني بكسبه^(١)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٢) وأصحاب مالك. دليلنا: قوله ﷺ في حديث عمرو بن العاص: «لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي»^(٣)، ولأن الاستغناء بصناعة نوع قدرة تسقط عن أقاربه نفقته أو توجب عليه نفقة أقاربه، فجاز أن يحرم الصدقة كوجود النصاب.

٥٢٦ - مسألة: لا يدفع إلى الفقير زيادة على ما يحصل به الغني^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أبو حنيفة^(٦): يجوز، وقد تقدم الكلام فيما يحصل به الغني. دليلنا: أنه لما لم يأخذ بحق الغرم زيادة على ما يخرج به من حد الغارمين كذلك بحق الفقر.

٥٢٧ - مسألة: الفقير أشد حاجة من المسكين، والفقير الذي لا يجد كفاية ولا معظمها، والمسكين الذي يجد معظم الكفاية، وقد ذكره الخرقى وأبو بكر^(٧) وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم: المسكين أشد حاجة، فوصفوا كل واحد منهما بضد ما ذكرناه. دليلنا: قوله تعالى: «إنما الصدقات للفقراء»^(٨). الآية. فبدأ بالفقير، والعرب تبدأ بالأهم فالأهم،

- (١) جاء في كشف القناع: ٢٧٣/٢: (ولا يعطى من الزكاة إن تفرع قادر على الكسب للعبادة، لقصور نفقها عليه)، المذهب: ٣١٤/١.
- (٢) قال السمرقندي: (وأما الفقير إذا كان قوياً مكتسباً فيحل له أخذ الصدقة، ولا تحل له السؤال، وعند الشافعي لا تحل له الصدقة)، تحفة الفقهاء: ٣٠٢/٢.
- (٣) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير عن حبش بن جناد: ج ٤، حديث رقم ٣٥٠٤.
- (٤) جاء في الكافي: ٣٣٢/١: (فيعطى كل واحد منهما «الفقير والمسكين» ما تتم به كفايته).
- (٥) جاء في المذهب: ٥٦٤/١: (فيدفع إلى الفقير ما تزول به حاجته (أي ما يخرجهما من الحاجة إلى الغنى وهو ما تحصل به الكفاية على الدوام) من أواه يعمل بها إن كان له قوة، أو بضاعة يتجر فيها).
- (٦) انظر: تحفة المحتاج: ٣٠١/١ وما بعدها.
- (٧) انظر: كشف القناع: ٢٧٢/٢، والممتع: ٢٠٩/٢، والكافي: ٣٣٢/١.
- (٨) سورة: التوبة: الآية: ٦٠.

وأيضاً فإن اشتقاق الفقر يدل على ما ذكرنا، لأنه مأخوذ من انكسار الفقار وهو الأظهر، قال ابن الأنباري : معنى الفقر في كلامهم المفقور الذي نزعت فقرة من ظهره فانكسر صلبه من شدة الفقر، واستدل عليه بقول الشاعر^(١) :

لَمَّا رَأَى لُبْدُ النُّسُورِ تَطَايَرَتْ رَفَعَ الْقَوَادِمَ كَالْفَقِيرِ الْأَعْزَلِ

وإذا كان هذا اشتقاقه فلا حاجة أشد من هذا .

٥٢٨ - مسألة: يجوز أن يكون العامل في الصدقات من ذوي القربى وعبد. قال الشيخ : وكافر^(٢) خلافاً لأكثرهم^(٣) دليلنا : أن ما يأخذه في مقابلة عمله فصار كالمستأجر في الحفظ والحمل ونحوهما، ولأنهم قالوا: الابن لا يأخذ من زكاة أبيه بحق الفقر ويأخذ بالغرم، وكذلك الأب لا يأخذ من ابنه بالفقر ويأخذ بالغرم، وكذلك هاهنا .

٥٢٩ - مسألة: حكم المؤلفه باق^(٤)، فيجوز أن تدفع الزكاة إلى كافر ليتألفه خلافاً لمالك^(٥)، وعن أحمد نحوه^(٦) دليلنا : أنهم أحد الأصناف الثمانية ، فكان حكمهم باقياً كبقية الأصناف.

(١) هو لبيد بن ربيعة العامدي، من هوازن قيس، كان من الشعراء المعدودين في الجاهلية، ومن شعراء المعلقات، والبيت في لسان العرب: ٦٢/٥ مادة (فقر).

(٢) جاء في الممتع: ٢١١/١: (ولا يشترط أن يكون العامل مسلماً ولا كونه من غير ذوي القربى).

(٣) جاء في المذهب: ٥٥٤/١: (ولا يبعث إلا حراً عدلاً ثقة، لأن هذه ولاية وأمانة، والعبد والفاسق ليسا من أهل الولاية).

(٤) الكافي: ٣٣٣/١.

(٥) جاء في بداية المجتهد: ٢٧٥/١: (وأما المسألة الثانية: فهل المؤلفه قلوبهم حقهم باق إلى اليوم أم لا ..؟ فقال مالك: لا مؤلفة قلوبهم اليوم .. وقال الشافعي وأبو حنيفة: بل حق المؤلفه باق إلى اليوم إذا رأى الإمام ذلك).

(٦) وروى حنبل عن أحمد أن حكمهم انقطع، لأن عمر وعثمان رضي الله عنهما لم يعطياهم شيئاً، والمذهب (الأول) .. انظر: الكافي: ٣٣٤/١، والممتع: ٢١٢/٢.

- ٥٣٠ - مسألة: قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾^(١) هم المكاتبون، وبه قال أكثرهم، وهو اختيار الخري وأبي بكر خلال^(٢) وقال مالك: هم القن^(٣) يعتقون^(٤) من الزكاة، وقد قال أحمد: كنت أقول ذلك وحنثت عنه. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾، والمكاتبون يدخلون في ذلك بدلالة أنه لو قال: رقابي أحرار، يعتق المكاتبون، ولأن دفع الزكاة إلى مكاتب أشبه إذا دفعوها إليه في النجم الأخير
- ٥٣١ - مسألة: الحج من السبيل خلافاً لأكثرهم وإحدى الروایتين.^(٥) دليلنا: أنه يقع عليه اسم السبيل، بدلالة ما روي أن امرأة من أشجع يقال لها أم معقل كان عليها عمرة في رمضان، وكان زوجها قد جعل بكرةً له في سبيل الله فسألته البكر فأبى أن يعطيها، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال: «أعطها فلتعتمر عليه فإن الحج والعمرة من سبيل الله»^(٦)، ولأنه سفر يتعلق وجوبه بوجود مال أشبه الجهاد.
- ٥٣٢ - مسألة: يعطى الغازي من الزكاة مع الغنى^(٧)، وبه قال أكثرهم خلافاً

(١) سورة التوبة: الآية: ٦٠.

(٢) جاء في الممتع: ٢١٤/٢: ([الخامس: الرقاب] وهم المكاتبون... فلأن لفظ الرقاب يشملهم بدليل ما لو قال: أعتقت رقابي فإنه يعتق مكاتبهم).

(٣) القن: العبد الذي ملك هو وأبواه يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث. انظر: مختار الصحاح: مادة (قن).

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٢٧٧/١: (واختلفوا في قوله تعالى: ﴿وفي الرقاب﴾ فقال مالك: هم العبيد يعتقهم الإمام ويكون ولاؤهم للمسلمين، وقال الشافعي وأبو حنيفة: هم المكاتبون).

(٥) قال ابن رشد: (وأما سبيل الله، فقال مالك: سبيل الله مواضع الجهاد والرباط، وبه قال أبو حنيفة، وقال غيره: الحجاج والعمار، وقال الشافعي: هو الغازي). انظر: بداية المجتهد: ٢٧٧/١، والممتع: ٢١٦/٢.

(٦) أخرجه أحمد في مسنده: ٤٠٥/٦.

(٧) جاء في الكافي: ٣٣٥/١: (الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان إذا نشطوا غزوا ويعطون قدر ما يحتاجون إليه لغزوهم من نفقة طريقهم وإقامتهم وثمان السلاح والخيل إن كانوا فرساناً، وما يعطون السائيس وحمولتهم إن كانوا رجالاً مع الغنى، لأنهم يأخذون لمصلحة المسلمين).

لأبي حنيفة في قوله : من شرطه الفقر. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي سعيد : «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة : الغازي في سبيل الله، أو العامل عليها، أو الغارم، أو الرجل اشتراها بماله، أو الرجل له جار مسكين فتصدق عليه فأهدى المسكين للغني»^(١)، ولأنه يأخذها لحاجتنا إليه أشبه العامل.

٥٣٣ - مسألة: ابن السبيل هو المجتاز دون من أراد أن ينشئ سفراً^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال الشافعي^(٤) : هو المجتاز، ومن أراد سفراً، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن قوله ابن السبيل معناه : ابن الطريق، وهو اسم لملازمته للطريق، ولهذا قيل للطير ابن الماء لملازمته للماء، ومنه قول ذي الرمة :

غدوت اغتباقاً والثريا كأنها على قمة الرس ابن ماء محلق

وإذا كان كذلك، ومن أراد السفر لم يوجد فيه هذا الاشتقاق.

٥٣٤ - مسألة: تحرم الصدقة المفروضة على بني هاشم وبني عبدالمطلب، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أبو حنيفة : على بني هاشم خاصة وهم خمسة بطون : آل العباس، وآل علي، وجعفر، وعقيل، وولد الحارث بن عبدالمطلب. دليلنا: أن من أخذ من الخمس حرم الزكاة كبني هاشم ، يبين هذا الاعتبار قوله ﷺ : «أليس في خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس»^(٦).

(١) رواه مالك في الموطأ، كتاب الزكاة، باب أخذ الصدقة، ومن يجوز له أخذها: ٢٦٨/١ .
ورواه أبو داود في كتاب الزكاة، باب من يجوز له أخذ الصدقة وهي غني (الحديث ١٦٣٥).
(٢) الممتع: ٥١٨/٢ .
(٣) انظر: بداية المجتهد: ٤٣/٢ .
(٤) انظر: المذهب: ٥٧١/١، والمجموع: ٢٢٩/٦ .
(٥) الكافي: ٣٣٧/١، والممتع: ٢٢٦/٢ .
(٦) أخرجه مسلم في صحيحه: ٧٥٣/٢ ، كتاب الزكاة.

٥٣٥- مسألة: يجوز للمرأة أن تعطي زوجها من صدقتها المفروضة^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) وفيه رواية أخرى : لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة^(٣)، وهي اختيار الخراقي وأبي بكر وجه الأولى : أنها وصلة لا تجدي عليه نفقة أشبهه وصلة ابن الزوج.

٥٣٦- مسألة: لا يجوز دفع الزكاة إلى ذات زوج موسر مقيم بنفقتها^(٤)، وقال أبو حنيفة^(٥): يجوز . دليلنا: أنها في نفقة من لا يشارك في النفقة، أشبهه الولد في نفقة أبيه.

(١) جاء في الممتع: ٢٢٨/٢: (وأما كون الزوج يجوز أن تدفع زوجته زكاتها إليه على رواية، فلأن النبي ﷺ قال لزینب امرأة ابن مسعود: زوجك وللدك أحق من تصدقت عليهم). أخرجه البخاري في صحيحه: ٥٣١/٢، كتاب الزكاة.

(٢) المذهب: ٣٢٢/١.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٠٣/١: (ولو دفع إلى الزوج أو الزوجة لا يجوز عند أبي حنيفة لما قلنا من اتصال المنافع بينهم من حيث الغالب، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يجوز للزوجة أن تدفع إلى زوجها الفقير).

(٤) الكافي: ٣٣٩/١.

(٥) تحفة الفقهاء: ٣١٤/١.

كتاب الصيام^(١)

٥٣٧- مسألة: صيام رمضان^(٢) يفتقر كل يوم إلى نية جديدة^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤)، وفيه رواية أخرى: تجزئ نية واحدة من أول الشهر، وبه قال مالك وجه الأولى: قوله ﷺ في حديث حفصة: «لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل»^(٥)، وفي لفظ آخر: لمن لم يورض، وفي آخر: يفرض، وفي رواية عائشة: «لمن لم يبيت»، فنفي الصيام بانتفاء النية في جنس الليل، ولأنه صوم يوم واجب فافتقر إلى نية من ليلته كالأول، ولأنها عبادة تؤدي وتقتضى، فكان عدد النية في أدائها كعده في قضائها كالصلاة.

٥٣٨- مسألة: ويفتقر إلى نية من الليل، وبه قال أكثرهم، وقال أبوحنيفة: تجزئ نية قبل الزوال.^(٦) دليلنا: ما تقدم من الخبر، ولأنه صوم يوم واجب أشبه القضاء والكفارات، ولأنها تؤدي وتقتضى فكان محل النية في أدائها كمحله في قضائها كالصلاة.

(١) الصيام لغة: الإمساك مطلقاً.. يقال: صام النهار إذا وقف سير الشمس، وللساكت: صائم إمساكه عن الكلام، ومنه «إني نذرت للرحمن صوماً» أي سكوناً وإمساكاً عن الكلام. وشرعاً: هو (إمساك بنية عن أشياء مخصوصة في زمن معين من شخص مخصوص). انظر: شرح منتهى الإرادات: ٤٣٧/١.

(٢) يقال رمضان، وشهر رمضان، هذا الصحيح الذي ذهب إليه البخاري والمحققون، وقالوا: لا كراهة في قول رمضان، لأنه ورد في أحاديث كثيرة، وقيل يكره أن يقال رمضان، فيضان. انظر: المجموع: ٢٧١/٦.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات: ٤٤٥/١، والممتع: ٢٥٢/٢.

(٤) جاء في المذهب: ٥٩٨/٢: (ولا يصح صوم رمضان ولا غيره من الصيام إلا بنية لقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى»، ولأنه عبادة محضة فلم يصح من غير نية كالصلاة. وتجب النية لكل يوم، لأن صوم كل يوم عبادة منفردة يدخل وقتها بطلوع الفجر) (٥) أخرجه أصحاب السنن الأربعة وغيرهم بألفاظ وطرق متعددة. انظر: الترمذي: ١٠٨/٣، ونصب الرأية: ٤٣٤/٢.

(٦) الأم: ٩٥/٢، والبدائع: ٩٩٣/٢، والمبسوط: ٥٩/٣.

٥٣٩- مسألة: صيام التطوع يصح بنيته من النهار^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)

خلفاً لمالك وداود. دليلنا: قول عائشة: «دخل علينا رسول الله ﷺ ذات يوم فقال: عندكم شيء من الطعام؟ فقلت: لا. فقال: إني إذا صائم»^(٣)، ودخل يوماً وقد أهدي لنا حيساً فأكل وقال كنت نويت الصيام»^(٤)، ولأنها عبادة تؤدى وتقضى ففارق نفلها فرضها في بعض الشرائط كالصلاة، وعندهم لا يفترقان.

٥٤٠- مسألة: تعيين النية شرط في صيام رمضان، وبه قال أكثرهم^(٥)، وفيه

رواية أخرى: يكفي الصيام مطلقاً، وبه قال أبو حنيفة^(٦)، إلا أنه زاد فقال: وإن نوى التطوع وقع عن فرضه. دليلنا: أنه صوم يوم واجب فافتقر إلى تعيين النية كالقضاء والندور والكفارات، ولأن ما افتقر قضاؤه إلى التعيين، كذلك أدائه كالصلاة.

٥٤١- مسألة: إذا غم الهلال ليلة الثلاثين من شعبان وجب صيامه بنية رمضان،

وفيه رواية أخرى: لا يجب، وبه قال أكثرهم. وفيه رواية ثالثة: الناس تبع الإمام في ذلك^(٧)، وعن ابن عمر رحمه الله كهذه الروايات وجه الأولى: قوله ﷺ

(١) جاء في التوضيح في الجمع بين المقتنع والتنقيح: ٤٥١/١: (ويصح صوم نفل بنية من نهار قبل الزوال وبعده نصاً، ويحكم بثواب الصوم من حسن النية نصاً).

(٢) جاء في المهذب: ٦٠٠/٢: (وأما صوم التطوع فإنه يجوز بنية قبل الزوال، وقال المزني: لا يجوز إلا بنية من الليل كالقرض). انظر: المجموع: ٣٢٥/٦.

(٣) رواه مسلم في كتاب الصيام، باب جواز صوم النافلة بنية من النهار: ٣٤/٨، ورواه النسائي: ٦٣/٤ وهو حديث صحيح.

(٤) رواه الشافعي في مسنده: ص ١٦٠، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٧٥/٤.

(٥) انظر: الأم: ٩٥/٢.

(٦) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٤٧/١: (إذا كان الصوم عيناً يكفيه نية مطلق الصوم حتى لو صام رمضان بنية مطلق الصوم يقع على رمضان).

(٧) الممتع: ٢٣٥/٢، وجاء في الكافي: ٣٤٧/١: (وفيه ثلاث روايات: إحداهن: يجب الصيام لقوله ﷺ «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فاقدروا له». يعني ضيقوا له العدة. والثانية: لا يصوم لقول الرسول ﷺ: «فإن غم عليكم فأكملوا ثلاثين يوماً»، والثالثة: الناس تبع الإمام).

في حديث ابن عمر: «الشهر تسعة وعشرون يوماً فصوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فاقدروا له»^(١)، فكان ابن عمر ينفذ^(٢) صاحباً له ليلة الثلاثين، فإن كانت السماء مصحية أصبح مفطراً، وإن كان فيها علة أصبح صائماً، وهذا تفسير منه فهو كما فسر قوله البيعان بالخيار ما لم يتفرقا بالتفرق بالأبدان، ولأنه غم في أحد طرفي الشهر فغلب الصيام كالطرف الأخير.

فصل: ويكره صيام يوم الشك^(٣) إذا لم يكن هناك غيم^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، إلا أن الشافعي يسوي بين الغيم والصحو، وقال أكثرهم: لا يكره صيامه في الموضعين. دليلنا: «نهيه ﷺ عن صيام ستة أيام منها يوم الشك»^(٦)، ولأنه يوم مجاور لأحدي طرفي الشهر، فكره صيامه كيوم العيد.

٥٤٢ - مسألة: يقبل في هلال رمضان شهادة رجل واحد^(٧)، وبه قال الشافعي^(٨)

- (١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصيام، باب وجود صوم رمضان لرؤية الهلال ولا فطر لرؤية الهلال: ١٨٨/٧-١٨٩.
- (٢) في كلام البادية (ينفذ) بمعنى (يبعث) أو (يرسل).
- (٣) يوم الشك: هو يوم الثلاثين من شعبان إذا وقع على السنة الناس أنه رؤي، ولم يقل عدل أنه رآه أو قاله. ولقد صنف القاضي أبو يعلى جزءاً في جواز الشك ورد عليه الخطيب البغدادي، ولخص كل ذلك الإمام النووي. انظر: المجموع: ٤٦٢/٦ وما بعدها.
- (٤) قال ابن قدامة: قال أصحابنا: (يكره صوم يوم الشك وهو اليوم الذي يشك فيه هل هو من شعبان أو من رمضان إذا كان صحوً، ويحتمل أنه محرم، لقول عمار: من صام اليوم الذي يشك فيه الناس فقد عصي أبا القاسم ﷺ). والمعصية حرام. انظر: الكافي: ٢٦٣/١.
- (٥) جاء في المذهب: ٦٢٩/٢: (ولا يجوز يوم الشك).
- (٦) قال ﷺ: «لا يتقدم أحدكم رمضان بصوم يوم أو يومين إلا أن يكون رجل كان يصوم صومه فليصم ذلك اليوم». أخرجه البخاري في صحيحه: ٦٧٦/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٠٧/٤.
- (٧) قال ابن قدامة: (ويقبل فيه شهادة الواحد، وعنه لا يقبل إلا شهادة اثنين لقول الرسول ﷺ: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، وانسكوا فإن غم عليكم فأتوا ثلاثين، فإن شهد شاهدان فصوموا وأفطروا»). رواه النسائي. انظر: الكافي: ٣٤٧/١، والممتع: ٢٣٩/٢.
- (٨) قال المذهب: ٣٢٩/١: (وفي الشهادة التي يثبت بها رؤية هلال شهر رمضان قولان: قال في البويطي: لا تقبل إلا من عدلين).

في أحد قوليه، والآخر شاهدين، وبه قال مالك وداود، وقال أبو حنيفة : إن كان في السماء علة قبل الواحد، وإذا لم يكن فعدد كبير يقع العلم بقولهم، وعن أحمد رواية كمذهب مالك، وعنه إذا رآه واحد لم يصم، وكذلك لا يفطر إلا مع الإمام، قال أبو بكر : هذا على أنه مع جماعة الناس فأخبر دونهم، فأما إن قدم من السفر فأخبر بذلك لزم الناس على ما روي عن النبي ﷺ أنه قبل قول القادم. دليلنا: ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال : «جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ فقال : إني رأيت الهلال قال : تشهد أن لا إله إلا الله قال : نعم. قال : تشهد أن محمد رسول الله. قال : نعم. قال : يا بلال نادي في الناس بالصيام»^(١)، ولأنه إخبار عن سبب يلزم به عبادة يشترك فيها المخبر والمخبر أشبه إخبار الديانات، وكما لو كان في السماء علة.

٥٤٣ - مسألة : إذا رأى أهل بلد الهلال لزم جميع البلاد الصيام.^(٢) وقال الشافعي^(٣) : يلزم من قاربهم دون من بعد منهم. دليلنا: قوله ﷺ : «فإن شهد نوا عدل فصوموا»^(٤)، ولأن تباعد البلدان معنى يمنع الرؤية، فإذا قامت البينة لزم الجميع كالغيم.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الصيام الحديث رقم (٢٣٤٠). ورواه الترمذي في كتاب الصوم: ١٣٢/٤، وفي إسناده خلاف لأنه رواه جماعة مرسلًا.

(٢) جاء في الممتع: ٢٣٩/٢: (وإذا رأى الهلال أهل بلد لزم الناس كلهم الصوم، لأنه ثبت بذلك كونه رمضان فيجب صومه، ولأن الشهر في الحقيقة ما بين الهلالين وهذا اليوم بين الهلالين).

(٣) جاء في حلية العلماء: ٣٧٢/١: (وإن رأوا الهلال في بلد ولم يروه في بلد آخر: أ - فإن كانوا متباعدين، وجب على من رأى ولم يجب على من لم ير، والتباعد أن تختلف المطالع كالعراق والشام والحجاز.

ب - وإن كانوا متقاربين وجب الصوم على أهل البلدين. وذكر القاضي أبو الطيب أنه يجب الصوم على أهل جميع البلاد).

(٤) أخرجه النسائي في سننه: ٦٩/٢.

٥٤٤ - مسألة: إذا رأى هلال شوال وحده لم يفطر^(١)، وبه قال مالك فيما حكاه عنه الأثرم في مسائله، وقال أكثرهم: يفطر^(٢) ويستسر به. دليلنا: أنه لو جاز فطره لما استسر به كالذي بعده، ولما استسر به لم يجز فطره كالذي قبله، ولأنه فطر بقول واحد أشبه إذا شهد واحد.

٥٤٥ - مسألة: إذا أكل أو شرب يظن أن الفجر ما طلع، أو الشمس قد غابت فبان بخلافه لزمه القضاء^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لداود. دليلنا: قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾^(٥)، وهذا لم يمك إلى الليل.

فصل: إذا أكل وهو شاك في طلوع الفجر ولم يعلم أنه طلع فلا قضاء عليه^(٦)، وبه قال الشافعي^(٧) خلافاً لمالك. دليلنا: أن الأصل بقاء الليل، فلا نزليه بالشك كما لو أنه شك هل غابت الشمس أم لا؟ حرم عليه الأكل، لأن الأصل بقاء النهار.

(١) جاء في الممتع: ٢٤٠/٢: (وإن رأى هلال شوال وحده لم يفطر). شرح منتهى الإرادات: ٤٤١/١.

(٢) جاء في المذهب: ٣٣٠/١: (وإن رأى هلال شوال وحده أفطر وحده لقوله ﷺ: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته»، ويفطر لرؤية هلال شوال سراً، لأنه إذا أظهر الفطر عرض نفسه للتهمة وعقوبة السلطان).

(٣) جاء في الروض المربع: ص ١٩٣: (أو أكل ونحوه معتقداً أنه ليل فبان نهاراً أي فبان طلوع الفجر أو عدم غروب الشمس قضى، لأنه لم يتم صومه).

(٤) جاء في المذهب: ٦٠٩/٢: (وإن أكل أو جامع وهو يظن أن الفجر لم يطلع، وكان قد طلع أو يظن أن الشمس قد غربت ولم تكن غربت لزمه القضاء). سورة البقرة: الآية: ١٨٧.

(٥) لروض المربع: ص ١٩٣، والممتع: ٢٦١/٢.

(٦) جاء في حلية العلماء: ٣٧٨/١: (فإن أكل شاكاً في طلوع الفجر صح صومه، وإن أكل شاكاً في غروب الشمس بطل صومه).

٥٤٦ - مسألة: إذا طلع الفجر وهو مجامع فنزع، فعليه القضاء والكفارة^(١)،

وقال أبو حنيفة والشافعي: إذا نزع في الحال فلا شيء عليه^(٢)، وإن استدأ فقال أبو حنيفة: القضاء، وقال الشافعي: والكفارة أيضاً، وقال مالك: وإن نزع في الحال فالقضاء خاصة، وإن استدأ فالأمرين. فالدلالة على فساد الصيام وإن نزع في الحال: أنه حصل له جزء من الجماع بعد الفجر أشبه إذا استدأ، والدلالة على أن النزع جماع: أنه يكون بالنزع والإيلاج. والدلالة على الكفارة: أنه شخص منع صحة صوم يوم من رمضان تعين عليه بجماع أشبه الواطئ في أثنائته، ولأن الكفارة تجب بالوطء الطارئ، كذلك المقارن كالقضاء.

٥٤٧ - مسألة: إذا بقى بين أسنانه شيء من الطعام فأكله ذاكراً لصيامه، فعليه القضاء، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: أنه ابتلع الطعام باختياره مع ذكره لصيامه أشبه إذا طلع الفجر وفي فمه طعام فابتلعه.

٥٤٨ - مسألة: إذا تقيأ عامداً ملأ فمه أفطر^(٥)، وبه قال أبو حنيفة^(٦). وفيه

(١) جاء في كشف القناع: ٣٢٥/١: (فلو طلع عليه الفجر الثاني وهو مجامع فنزع في الحال مع أول طلوع الفجر الثاني فعليه القضاء والكفارة، لأنه يتلذذ بالنزع كما يتلذذ بالإيلاج).

(٢) جاء في المذهب: ٣٣٥/١: (وإن جامع قبل طلوع الفجر، فأخرج مع الطلوع وأنزل لم يبطل صومه، لأن الإنزال تولد عن مباشرة هو مضطر إليها فلم يبطل الصوم).

(٣) قال الشيرازي: (وإن قلع ما بقى بين أسنانه بلسانه وابتلعه بطل صومه). المذهب: ٣٣٤/١.

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٥٢/١: (ولو بقى بين أسنانه شيء فابتلعه، ذكر في الجامع الصغير، وقال: لا يفسد صومه ولم يقدره بشيء). والصحيح قولنا: أنه لا كفارة عليه، لأنه غير مقصود بالأكل، فصار شبهة كما إذا أكل الطين.

(٥) الكافي: ٣٥٣/١، وجاء في التوضيح: ٣٥٦/١: (أو خرج إليه قيء ونحوه فبلعه أفطر نصاً وإن قل).

(٦) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٥٦/١: (إذا ذرعه القيء بغير فعله لا يفسد صومه وإن كان ملء الفم لقوله ﷺ: «ثلاث لا يفطرن الصائم: القيء، والحجامة، والاحتلام». وإن عاد شيء من القيء إلى جوفه، فإن كان أقل من ملء الفم لا يفسد صومه بالإجماع. وإن كان ملء الفم يفسد صومه عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يفسد عند أبي يوسف).

رواية أخرى : إن ملأ نصف الفم أفطر ، وفيه رواية ثالثة : يفطر بيسيره ، وبه قال الشافعي^(١) وأصل هذه الروايات في نقض الطهارة بذلك وجه الأولى : أن اليسير لا ينقض الطهارة فلا يفطر كالدمع ونحوه وعكسه الكثير^(٢).

٥٤- مسألة: إذا قطر في إحليله لم يفطر. وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي يوسف والشافعي^(٤) دليلنا: أن المثانة لا تنفذ إلى الجوف، وأن ما يخرج من البول يحصل بالرشح إليها كالعرق، وإذا كان كذلك فهو كما لو كان في فمه الماء ولم يبلعه.

٥٥- مسألة: إذا داوى المأومة والجائفة بدواء رطب فعليه القضاء، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لمالك وداود. دليلنا: أنه لو اعتبر في الإفطار الوصول من منفذ معتاد لا اعتبر في الواصل كذلك، ألا ترى أن الرضاع لما اعتبرنا فيه منفذاً معتاداً اعتبرنا واصلأً معتاداً وهو اللبن.

٥٥- مسألة: إذا اكتحل بما يصل إلى جوفه أفطر^(٦)، وبه قال مالك ، وقال

(١) جاء في المذهب: ٦٠٦/٢: (ومن ذرعه القيء فلا قضاء عليه).

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٦٢/٢: (وأما القيء فإن جمهور الفقهاء على من أن ذرعه القيء فليس بمفطر إلا ربعة فإنه قال: إنه مفطر .. وأن من استقاء فقاء فإنه مفطر إلا طاووس لقول النبي ﷺ: «من ذرعه القيء وهو صائم فليس عليه القضاء، وإن استقاء فعليه القضاء». رواه الترمذي الحديث رقم ٧٢٠، ورواه أبو داود، الحديث رقم (٢٣٨٠).

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٥٥/١: (وأما الإفطار في الإحليل فلا يفسد الصوم عند أبي حنيفة، وعندهما يفسد، وهذا ليس بخلاف من حيث الحقيقة، لأنه لو وصل إلى الجوف يفسد بالاجتماع ، ولو لم يصل لا يفسد بالإجماع).

(٤) جاء في المذهب: ٣٣٤/١: (وإن زرق في إحليله شيئاً، أو دخل فيه ميلاً ففيه وجهان، أحدهما: يبطل صومه. والثاني: لا يبطل، لأن ما يصل إلى المثانة لا يصل إلى الجوف).

(٥) الكافي: ٣٥٣/١، والمذهب: ٣٣٤/١، وكشاف القناع: ٣١٨/١.

(٦) جاء في الممتع: ٢٥٦/٢: (وأما كون من اكتحل بما يصل إلى حلقه كالكحل الأسود والحاد يفسد صومه، فلأن الحلق كالجوف، ولأنه أوصل إلى حلقه ما هو ممنوع من تناوله بنية، أشبه ما لو دخل من فيه). كشاف القناع: ٣١٨/١.

أبو حنيفة والشافعي^(١): لا يفطر. دليلنا: ما روى ابن شاهين بإسناده في غرائب السنن أن النبي ﷺ: «أمر بالاثمد المروح عند النوم وقال: ليتقه الصائم»^(٢)، والقياس في التي قبلها.

فصل: فإن استعط^(٣) بما يصل إلى دماغه أفطر^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال مالك: لا يفطر حتى يتحقق وصوله إلى الجوف، وقال داود: كل ما يصل من غير الفم لا يفطر. دليلنا: أن الدماغ ينفذ إلى الحلق والجوف، فما يحصل فيه لابد أن يصل أشبه إذا أكل وشرب.

٥٥٢ - مسألة^(٦): يجب على المرأة كفارة الجماع في الصيام والإحرام، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: لا يجب، وبه قال الشافعي في الأصح عنه، وفيه رواية ثالثة: إن كان في الحج خاصة دون الصيام لزمها الكفارة^(٧) وجه الأولى: انهما اشتركا في السبب الموجب للكفارة أشبه إذا اشتركا في القتل واليمين،

(١) جاء في المذهب: ٦١٩/٢: (ويجوز أن يكتحل لما روي عن أنس - رضي الله عنه - أنه كان يكتحل وهو صائم. رواه أبو داود: ٥٥٤/١، ولأن العين ليس بمنفذ فلم يبطل الصوم بما وصل إليها).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٣٤١/٢٠ حديث رقم (٨٠٢)، إلا أنه قال: «أمر بالاثمد المسروح...»، وأحمد في المسند: ٤٩٩/٣.

(٣) السعوط: بضم السين هو نفس الفعل، وهو جعل الشيء في الأنف وجذبه إلى الدماغ. والسعوط بفتح السين إسم للشيء الذي يستعمله كالماء والدهن، والمراد بالضم. المجموع: ١٨٣/٦.

(٤) جاء في التوضيح: ٤٥١/١: (ومن أكل أو استعط... الخ عامداً، ذاكراً لصومه أفطر، ولو جهل التحريم).

(٥) جاء في المذهب: ٦٠٤/٢: (فإن استعط أو صب الماء في أذنه فوصل إلى دماغه بطل صومه).

(٦) جاء بهامش النسخة (ب) حاشية: مسألة: يجب على المطاوعة على الواطيء في نهار رمضان كفارة الجماع وعنه لا يجب وعن الشافعي بالروايتين، من تنقيح التحقيق لابن الجوزي.

(٧) جاء في الكافي: ٣٣٤/١: (وفي وجوب الكفارة على المرأة روايتان، إحداهما: تجب، لأنها إحدى المتواطئين فلزمتها الكفارة كالرجل.. والثانية: لا تلزمها).

ولأن النبي ﷺ قال : «الحدود كفارات لأهلها»^(١)، ثم هما سواء في الحدود، وكذلك الكفارات.

٥٥- مسألة: إذا جامع في يومين من رمضان فعليه كفارتان، ذكره ابن حامد^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو بكر في التنبيه : كفارة واحدة ما لم يكفر عن الأول، وبه قال أبو حنيفة. وعن أبي حنيفة رواية أخرى : كفارة واحدة في جميع الشهر كفر أو لم يكفر وجه قول ابن حامد أنهما يومان لو أفرد كل واحد منهما كان فيه كفارة، كذلك إذا عمهما كما لو كانا من سنتين، وأيضاً فإنهما عبادتان بدلالة أن كل واحد منهما يحتاج إلى نية جديدة، وإن فساد أحدهما لا يعود بفساد الآخر، وإنه يكون في أحدهما مسافراً أو مريضاً فيستبيح الفطر، والآخر مقيماً فلا يستبيح ثم العبادتين لا يتداخلان، كذلك هاهنا.

٥٥- مسألة: إذا وطئ وكفّر ثم عاد من يومه فعليه كفارة ثانية^(٣) خلافاً لأكثرهم.^(٤) دليلنا: أنها عبادة تجب بالجماع فيها كفارة، فجاز أن تتكرر بتكرر المحظور فيها كالإحرام، أو فجاز أن تجب مع الفساد كالإحرام.

(١) قال علي رضي الله عنه: «من أصاب حداً أقيم عليه ذلك الحد فهو كفارة ذنبه». رواه الدارقطني: ٢١٤/٣.

(٢) جاء في الروض المربع: ص ١٩٤: (وإن جامع في يومين متفرقين أو متواليين، أو كرره في يوم ولم يكفر للوطء الأول، فكفارة واحدة في الثانية. قال في المغني والشرح: بغير خلاف. وقال ابن قدامة: (وإن وطئ ثم وطئ قبل التكفير في يوم واحد فعليه كفارة واحدة بلا خلاف، لأنها عبادة تكرر الوطء فيها قبل التكفير فلم تجب أكثر من كفارة واحدة. وإن كان في يومين ففيه وجهان، أحدهما: كفارة واحدة، والثاني: تلزمه كفارتين، اختاره القاضي. انظر: الكافي: ٣٥٧/١.

(٣) جاء في الممتع: ٢٦٥/٢: (وإن جامع ثم كفر ثم جامع في يومه فعليه كفارة نص عليه. لأن الصوم عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها، فتكررت بتكرر الوطء بعد التكفير كالحج) وانظر: تحفة الفقهاء: ٣٦٢/١.

(٤) جاء في المذهب: ٣٣٨/١: (وإن جامع في يوم مرتين لم يلزمه للثاني كفارة، لأن الجماع الثاني لم يصادف صوماً).

٥٥٥ - مسألة: كفارة الجماع على الترتيب^(١) خلافاً لأحد الروایتين ولمالك^(٢).

دليلنا: قوله ﷺ للأعرابي: «أعتق رقبة. قال: لا أستطيع. قال: صم شهرين متتابعين. قال: لا أستطيع. قال: أطعم ستين مسكين. قال: لا أستطيع. قال: اجلس. فأتى النبي ﷺ بعرق فيه تمر وقال: أطعمه عيالك»^(٣)، ولأنها كفارة صيامها شهران أشبه كفارة القتل.

٥٥٦ - مسألة: إذا أنزل بمباشرة دون الفرج فسد صيامه^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)

خلافاً لداود. دليلنا: قوله للأعرابي لما قال له وقعت على امرأتي: «قال اعتق رقبة»^(٦)، وما فصل بين الفرج وما دونه، ولأن الأصل بقاء الصيام في ذمته فلا يسقط بهذا الصيام الذي أنزل فيه.

فصل: ويجب به كفارة، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: لا كفارة، وهي اختيار الخرقى وأبي بكر^(٦)، وإنه لا كفارة إلا بمباشرة في الفرج، أو دونه، وأما بقبلة أو لمس فلا، وقال الشافعي: لا يجب إلا بوطئ في الفرج وجه

(١) جاء في الكافي: ٣٥٨/١: (والكفارة عتق رقبة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً للخبر... وعنه: أنها على التخيير بين الثلاثة.. والأول المذهب).

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٧٨/٢: (هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار أو على التخيير...؟ وأعني بالترتيب أن لا ينتقل المكلف إلى واحد من الواجبات المخيرة إلا بعد العجز عن الذي قبله، وبالتخيير أن يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر. فذهب الشافعية وأبو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين إلى أنها مرتبة، فالعتق أولاً، فإن لم يجد فالصيام، فإن لم يستطع فالإطعام، وقال مالك: هي على التخيير).

(٣) أخرجه البخاري في باب إذا جامع في رمضان من كتاب الصيام: ٤١/٣، ٤٢، ومسلم في باب تحريم الجماع في نهار رمضان من كتاب الصيام: ٧٨١/٢.

(٤) الممتع: ٢٦٤/٢، والكافي: ٣٥٦/١.

(٥) جاء في حلية العلماء: ٣٨٢/١: (والمباشرة فيما دون إذا اتصل به إنزال يفسد الصوم ولا يوجب الكفارة).

(٦) جاء في الكافي: ٣٥٦/١: (وفي الجماع فيما دون الفرج إذا أنزل روايتان، إحداهما: تجب به الكفارة، لأن النبي ﷺ لم يستفصل السائل عن الوقاع، والثانية: لا تجب، لأنه مباشرة لا يفطر بغير إنزال فأشبه القبلة).

الأولى : حديث الأعرابي، لأنها مباشرة أثرت في فساد الصيام أشبه إذا كانت في الفرج، ولأنها عبادة تجب بالوطئ فيها كفارة فجاز أن تجب تلك الكفارة بمحذور آخر كالحج.

٥٥٧- مسألة: لا تثبت كفارة الجماع في الذمة^(١)، خلافاً لأكثرهم، وللشافعي قولان في جميع الكفارات، ولا يختلف قوله في جزاء الصيد أنه يثبت. دليلنا: ما تقدم من حديث الأعرابي، ولأنه حق لله هو مال يجب على طريق الطهارة بسبب الصيام فسقط عنه بالعجز كالفطرة.

٥٥٨- مسألة: وطئ الناسي يوجب القضاء والكفارة^(٢)، وقال أبو حفص العكبري فيه رواية أخرى : قضاء بلا كفارة، وبه قال مالك، وقال أكثرهم : لا قضاء ولا كفارة^(٣). دليلنا: أنها عبادة يجب بالعمد فيها كفارة فوجب بالخطأ كالحج، ولأن الكبرى أحد نوعي الكفارة فجاز أن تجب مع العذر كالصغرى، وزيد به في حق الشيخ والشيخة والحامل والمرضع.

٥٥٩- مسألة: إذا أكل ناسياً لم يفسد صيامه^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لمالك^(٦). دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة للذي أكل ناسياً : « لا شيء

(١) الممتع: ٢٦٨/٢.

(٢) كشف القناع: ٣٢٤/١.

(٣) لخص ابن رشد أقوال الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:

(أ) ذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أنه لا قضاء عليه ولا كفارة.

(ب) بينما يرى مالك أن عليه القضاء دون الكفارة.

(ج) وذهب الإمام أحمد وأهل الظاهر أن عليه القضاء والكفارة.

(٤) جاء في كشف القناع: ٣٥٠/١: (ولا يفطر ناسي لفعل شيء مما تقدم لقول الرسول ﷺ :

«عفى عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»).

(٥) جاء في المذهب: ٦٠٧/٢: (وإن فعل ذلك كله ناسياً لم يبطل صومه).

(٦) جاء في المدونة: ٢٧٧/١: (قلت: أ رأيت من أكل أو شرب أو جامع في رمضان ناسياً، أعليه

القضاء في قول مالك ؟ قال: نعم ولا كفارة عليه).

عليك الله أطعمك وسقاك»^(١)، ولأنه محظور في العبادة لا يتعلق بجنسه الحد ففرق بين عمدته وسهوه كالقيء.

٥٦٠ - مسألة : لا تتعلق الكفارة بالأكل^(٢)، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه فطر بغير مباشرة أشبه إذا بلع حصاة، أو لؤلؤة، أو تقياً، أو ارتد عن الإسلام، ولأنها عبادة تحرم الوطئ وغيره وتتعلق بالوطئ فيها كفارة، فكان للوطئ مزية على غيره كالحج.

٥٦١ - مسألة : إذا نظر فأنزل فعليه القضاء^(٣) فقط، فإن كان عن تكرار فعلى روايتين، أحدهما: القضاء بلا كفارة، وبهذا التفصيل قال مالك، وهو اختيار الخرقى، والرواية الأخرى: القضاء والكفارة^(٤)، وقال أكثرهم: صيامه صحيح ولا شيء عليه.^(٥) دليلنا: أنه إنزال بسبب محظور أو يتلذذ به فأفسد كما لو كان عن قبلة.

فصل : فإن فكر فأنزل فلا شيء عليه، وبه قال أكثرهم^(٦)، وقال مالك: يفسد صيامه. قال أبو حفص البرمكي: نحن على المذهب مثله. دليلنا: أنه لا يمكن الاحتراز منه أشبه الاحتلام، وقد دل على الوصف قوله ﷺ: «لا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك»، يعني ما في النفس.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٤١/٣، وأبو داود في سننه: ٥٥٩/١، وابن ماجه في سننه: ٥٣٥/١، والإمام أحمد في مسنده: ٤٥٢/٢.

(٢) جاء في الكافي: ٣٠٥/١: (وعلى من أفطر القضاء ولا تجب الكفارة بغير جماع).

(٣) جاء في الكافي: ٣٥٤/١: (وإن كرر النظر فأنزل فسد صومه، لأنه إنزال عن فعل في الصوم التحرز عنه، أشبه الإنزال باللمس، وإن صرف بصره فأنزل لم يفطر، لأنه لا يمكن التحرز عنه).

(٤) انظر: الممتع: ٢٥٧/٢.

(٥) جاء في المذهب: ٦٠٧/٢: (ومن نظر وتلذذ فأنزل لم يبطل صومه لأنه إنزال من غير مباشرة فلم يبطل الصوم، كما لو نام فاحتلم).

(٦) المذهب: ٣٣٥/١، والكافي: ٣٥٤/١.

فصل: فإن لمس فأمذى فعليه القضاء، وبه قال مالك في الرسالة، وقال أكثرهم: لا شيء عليه. دليلنا: أن المذي من أجزاء المنى لأنه يتولد عند الشهوة ثم ذلك يفسد، كذلك هاهنا.

٥٦٢- مسألة: إذا أولج في بهيمة فعليه القضاء والكفارة^(١)، ويتخرج أنه لا كفارة عليه بناءً على وجوب الحد، وبهذا التفصيل قال الشافعي^(٢) وقال أبو حنيفة^(٣): لا شيء عليه إلا أن ينزل فيقضي فقط. دليلنا: أنه وطء في فرج حيوان أشبه الآدمية.

٥٦٣- مسألة: فإن أولج في الموضع المكروه أو تلوط فالقضاء والكفارة رواية واحدة، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين: القضاء^(٥) فقط. دليلنا: أنه مخرج يجب بالإيلاج فيه الغسل أشبه القبل.

٥٦٤- مسألة: إذا أكرهت المرأة على الجماع فعليها القضاء^(٦) ولو كان على

(١) (أما كون من وطئ بهيمة يفطر، فلأنه وطء في فرج أشبه وطء الآدمية في فرجها، وأما كون الكفارة تجب فلأنه وطء أفسد الصوم وأوجب الكفارة). انظر: الممتع: ٢٦٤/٢. وانظر المستوعب: ٣٢٩/٣، والمبدع: ٣١/٣، والإنصاف: ٣١٥/٣.

(٢) جاء في المذهب: ٦١٦/١: (وأما إثبات البهائم ففيه وجهان؛ من أصحابنا من قال: يني ذلك على وجوب الحد، فإن قلنا: يجب الحد أفسد الصوم وأوجب الكفارة، وإن قلنا: يجب فيه التعزير لم يفسد صومه ولم يجب كفارة).

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٦٢/١ (ولو جامع البهيمة وأنزل لا تجب الكفارة، لأنه قاصر من ناحية المعنى لسعة المحل ونحوهما).

(٤) جاء في المذهب: ٦١٥/٢: (ووطء المرأة في الدبر واللواط كالوطء في الفرج في جميع ما ذكرناه من: إفساد الصوم، ووجوب الكفارة، والقضاء، لأن الجميع وطء، ولأن الجميع في إيجاب الحد واحد، فكذلك في إفساد الصوم وإيجاب الكفارة).

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٦٢/١: (وإذا جامع في الموضع المكروه عمداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد: تجب الكفارة).

وعن أبي حنيفة روايتان؛ في رواية الحسن عنه أنه لا يجب، وفي رواية أبي يوسف عنه أنه عليه الكفارة والغسل أنزل أم لم ينزل).

(٦) الكافي: ٣٥٧/١ جاء فيه: (إذا أكرهت على الزنى فلا كفارة عليها رواية واحدة، لأنها تعذر)

الأكل لم يلزمها شيء، وقال أبو حنيفة : القضاء في الحالين، وقال الشافعي^(١) ودأود : لا قضاء فيهما . دليلنا : على أن من أكل مكرهاً لا قضاء عليه أن كل معنى إذا فعله ناسياً لم يفطر إذا أكره عليه لا يفطر كالقيء وغبارة الدقيق والذباب . والدلالة على أن الجماع يفطر خلافاً للشافعي أنه فعل تجب به الكفارة العظمى فلا يؤثر الإكراه في حكمه كالقتل .

٥٦٥ - مسألة : إذا تمضمض واستنشق فدخل الماء حلقه فلا قضاء عليه^(٢) خلافاً لأبي حنيفة، ومالك^(٣)، وأحد قولي الشافعي^(٤) . دليلنا : أنه وصل بغير اختياره أشبه الغبار والذباب .

٥٦٦ - مسألة : يكره للصائم السواك بعد الزوال، [قال ابن عقيل : لا يختلف المذهب أنه لا يستحب للصائم السواك بعد الزوال، وهل يكره ؟ على روايتين؛ أحدها : يكره، وهو قول الشافعي . والثاني : لا يكره، ورخص فيه غدوة وعشية النخعي، وعروة، ومالك، وأصحاب الرأي، وهو اختيار شيخ الإسلام الرخصة غدوة وعشية]^(٥)، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم . دليلنا : قوله ﷺ : « استاكوا بالغداة ولا تستاكوا بالعشي فما من عبد تيبس شفتاه إلا كانتا نوراً بين عينيه

رؤوس المسائل في الخلاف

(١) جاء في حلية العلماء : ٣٧٩/١ : (فإن أكره حتى أكل، أو أكرهت المرأة حتى مكنت من الوطء، ففي بطلان الصوم قولان؛ أحدهما : أنه يبطل، وهو قول أبي حنيفة ومالك .

وقال أحمد : يفطر بالجماع مع الإكراه وتجب به الكفارة، ولا يفطر بالأكل) .
(٢) (ولو تمضمض أو استنشق فدخل الماء حلقه لم يفسد صومه .. إذا لم يزد على الثلاث ولم يبالغ فيهما) . الممتع : ٢٦٠/٢ .

(٣) جاء في المدونة : ٢٧١/١ : (قلت أرأيت من تمضمض فسبقه الماء فدخل حلقه أعليه القضاء في قول مالك ؟ فقال : إن كان في رمضان أو في صيام واجب فعليه القضاء ولا كفارة عليه) .

(٤) جاء في حلية العلماء : ٣٧٩/١ : (السنة للصائم ترك المبالغة في المضمضة والاستنشاق، فإن وصل الماء إلى جوفه أو دماغه من غير مبالغة ففيه قولان؛ أحدهما : أنه يفطر، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، واختاره المزني . والثاني : أنه لا يفطر، وهو الأصح، وهو قول أحمد) .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من النسخة (أ) .

يوم القيامة»^(١)، ولأنها أثر عبادة مشهود لها عند الله بالطيب فكره إزالتها كدم الشهداء.

٥- مسألة: يكره للصائم السواك بالعود الرطب وهو الذي تتحلل أجزاؤه^(٢)، وبه قال مالك^(٣) وفيه رواية أخرى: لا يكره، وبه قال أكثرهم^(٤) وجه الأولى: أنه لا يؤمن وصوله إلى حلقه فجرى مجرى المبالغة في المضمضة والاستنشاق.

٥٠- مسألة: لا يكره للصائم الاغتسال من شدة الحر^(٥)، وقال أبوحنيفة: يكره لما فيه من إظهار التضجر. دليلنا: ما احتج به أحمد أن النبي ﷺ «صبّ على رأسه الماء وهو بالعرج وكان صائماً في رمضان»^(٦)، ولأن فيه تقوية على العبادة وقطع التضجر بها، فكان مستحباً كالإفطار بعرفات ليتقوى على الدعاء.

٥٦- مسألة: الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على ولديهما لزمهما القضاء

(أخرج الدارقطني في سننه: ٢٠٤/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٧٤/٤، والطبراني في المعجم الكبير: ٧٨/٤.

(جاء في الكافي: ٣٦٠/١: (وهل يكره بالعود الرطب؟ على روايتين: إحداهما: لا يكره، لأنه يروى عن عمر وعلي وابن عمر. والأخرى: يكره، لأنه لا يؤمن من أن يتحلل منه أجزاء لفطره).

(قال مالك: (لا أرى بأساً أن يستاك الصائم في أي ساعة شاء من ساعات النهار وإلا أن يستاك بالعود الأخضر). انظر: المدونة: ٢٧٢/١.

(جاء في تحفة الفقهاء: ٣٦٧/١: (ولا بأس للصائم أن يستاك رطباً كان أو يابساً مبلولاً بالماء أو غير مبلول، في أول النهار أو في آخره.. وقال الشافعي: يكره في آخر النهار).

(جاء في اختلاف العلماء للطحاوي: ٣٨/٢ مسألة رقم ٥٢٤: (هل يكره للصائم الانغماس في الماء؟.. قال أصحابنا: لا يفطره، ولم يذكروا كراهة له، وكان مالك يكرهه، وقال الليث والشافعي: لا بأس به)، وجاء في المذهب: ٦١٨/٢: (ويجوز للصائم أن ينزل إلى الماء ويغسل فيه).

(رواه مالك في الموطأ: ص ١٩٧، وأحمد في مسنده: ٤٧٥/٣، وأبو داود في سننه: ٥٥٢/١، والبيهقي: ٢٦٤/٤.

والكفارة الصغرى^(١)، وإن كان الخوف على أنفسهما فلا فدية، وهو اختيار الخرقى^(٢)، وبه قال مالك في الموضع، وأما الحامل فلا فدية عليها بحال، وعن الشافعي كالمذهبين، وقال أبو حنيفة وداود: لا فدية في الموضعين^(٣). دليلنا: على الفدية في الجملة قوله تعالى: ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية﴾^(٤).. الآية. وتقديره فيفطرونه وهاتان يطيقان لكن يخافان على وليدهما، ولأنها مقيمة صحيحة أفطرت بعذر معتاد أشبه الشيخ والشيخة، ولأنها عبادة يجمع فيها القضاء والكفارة العظمى، فجاز أن يجتمع القضاء والكفارة الصغرى كالحج.

٥٧٠ - مسألة: الشيخ والشيخة إذا أفطرا فعليهما الإطعام عن كل يوم مسكيناً^(٥)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك^(٦). دليلنا: ما روي عن علي وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: عليه الفدية، ولأنها عبادة يدخل في جبرانها المال، فجاز أن ينوب عمل غيره عن عمله كالحج.

(١) المراد بالكفارة الصغرى هي إطعام مسكين لكل يوم لقوله تعالى: ﴿وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين﴾.
(٢) انظر: الممتع: ٢٤٩/٢.
(٣) جاء في بداية المجتهد: ٣٠٠/١: (وهذه المسألة للعلماء فيها أربعة مذاهب: أحدهما: أنهما يطعمان ولا قضاء عليهما، وهو مروي عن ابن عمر، وابن عباس. القول الثاني: أنهما يقضيان فقط ولا إطعام عليهما، وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه، وأبو عبيد، وأبو ثور. والثالث: أنهما يقضيان ويطعمان، وبه قال الشافعي. والقول الرابع: أن الحامل تقضي ولا تطعم، والمرضع تقضي وتطعم.
(٤) سورة البقرة: الآية: ١٨٤.
(٥) جاء في الممتع: ٢٤٦/٢: (ومن عجز عن الصوم لكبر أو مرض لا يرجى برؤه أفطر وأطعم عن كل يوم مسكيناً). وجاء في الكافي: ٣٤٤/١: (قال ابن عباس: كانت رخصة للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة وهما لا يطيقان الصيام أن يفطرا ويطعمان مكان كل يوم مسكيناً).
(٦) جاء في بداية المجتهد: ٣٠١/١: (واختلفوا فيما عليهما إذا أفطرا، فقال قوم: عليهما الإطعام، وقال قوم: ليس عليهما إطعام، وبالأول قال الشافعي وأبو حنيفة، وبالثاني قال مالك، إلا أنه استحبه).

٥- مسألة: من لا تحرك القبلة شهوته لا يكره له في حال صيامه^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لإحدى الروایتين ولمالك^(٣) دليلنا: قول عائشة: «كان رسول الله ﷺ يقبل وهو صائم وكان أملككم لأربه»^(٤). وروى أبو هريرة «أن النبي ﷺ سأل رجل عن القبلة للصائم. فرخص له، ثم سأل آخر فنهاه، فنظرنا: فإذا الأول شيخ، والثاني شاب»^(٥).

٥- مسألة: الفطر في السفر^(٦) أفضل^(٧)، وقال أكثرهم: الصيام أفضل^(٨). دليلنا: قوله ﷺ في حديث كعب بن عاصم: «ليس من البر الصيام في السفر»^(٩). وقوله في حديث عبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة: «صائم رمضان في السفر كمفطره في الحضر»^(١٠)، ولأنها عبادة يؤثر فيها السفر أشبه

(شرح منتهى الإرادات: ٤٥٤/١. وجاء في التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح: ٤٥٥/١) وتكره قبله ممن تحرك شهوته، وإن ظن الإنزال حرم، ولا تكره ممن لا تحركها، وكذا دواعي وطء كلها).

(جاء في المذهب: ٦٢٠/٢: (ومن حركت القبلة شهوته كره له أن يقبل وهو صائم والكره كراهية تحریم، وإن لم تكن القبلة تحرك شهوته قال الشافعي: لا بأس بها وتركها أولى). جاء في بداية المجتهد: ٦١/٢: (واختلفوا في القبلة للصائم، فمنهم من أجازها، ومنهم من كرهها للشباب وأجازها للشيخ، ومنهم من كرهها على الإطلاق).

(رواه البخاري في كتاب الصوم، باب القبلة للصائم: ١٣١/٤، ورواه مسلم في كتاب الصوم، باب بيان أن القبلة في الصوم ليست محرمة. الحديث ١١٠٦، ورواه مالك في الموطأ، كتاب الصيام: ٢٩٢/١.

(ورد فقط عن ابن عباس أنه هو الذي قال بذلك. انظر: مسند الشافعي ص ١٤٠، والموطأ: ٢٩٣/١، والبيهقي: ٢٣٢/٤.

(قال الشيرازي: المسافر: (أ) إن كان يفره دون أربعة برد لم يجز له أن يفطر، لأنه إسقاط فرض للسفر فلا يجوز فيما دون أربعة برد كالقصر. (ب) وإن كان يفره في معصية لم يجز أن يفطر، لأن ذلك إعانة على المعصية. (ج) وإن كان سفه أربعة برد في غير معصية، فله أن يصوم وله أن يفطر).

(الكافي: ٤٢٧/١، وانظر المدونة: ٢٠١/١. جاء في المذهب: ٣٢٧/١: (فإن كان ممن لا يجهد الصوم في السفر فالأفضل أن يصوم لقول النبي ﷺ للصائم في السفر: «إن أفطرت فرخصة، وإن صمت فهو أفضل).

(أخرجه النسائي: ١٧٤/٤، وأبو داود. انظر: جامع الأصول: ٣٩٥/٦. أخرجه ابن ماجه في سننه: ٥٣٢/١.

الصلاة، ولا يلزم المسح لأنه كمسألتنا الرخصة أفضل، وفي رواية هما سواء فلا يلزمنا، لأن حكمنا فلا تكون العزيمة أفضل.

فصل: فإن صام صح صيامه خلافاً لداود. دليلنا: قول ابن عباس «أن النبي ﷺ صام في السفر وأفطر»^(١).

٥٧٣ - مسألة: إذا صام في رمضان عن غيره لم يصح صيامه، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣): إن صامه عن فرض وقع عما نواه، وإن تنفل وقع عن الفرض في المشهور عنه، وفي رواية: عن النفل. دليلنا: أنه نوى في رمضان عن غيره أشبه إذا تنفل، ولأن السفر يبيح الفطر كالمرض، ثم ذلك لا يصح منه صيام في رمضان عن غيره، كذلك هاهنا.

٥٧٤ - مسألة: إذا زالت الأعذار في أثناء نهار رمضان وجب الإمساك^(٤)، وبه قال أبو حنيفة^(٥)، وعن أحمد في المسافر لا يلزمه الإمساك فيخرج في الثاني

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٢٨٥/١١ رقم (١١٧٤٩).

(٢) قال الشيرازي: (ولا يجوز أن يصوم في رمضان عن غير رمضان حاضراً كان أو مسافراً، فإن صام عن غيره لم يصح صومه عن رمضان، لأنه لم ينو، ولا يصح عما نواه، لأن الزمان مستحق لصوم رمضان فلا يصح فيه غيره). المذهب: ٦٣٢/٢.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٤٨/١: (إما أن يكون مقيماً أو مسافراً:-

- المقيم:

(أ) إذا صام بنية التطوع في رمضان فإنه يقع عن الفرض وتلغو نيته التطوع عندنا، لأن الوقت قابل لأصل الصوم غير قابل لوصفه فبطلت نية الوصف، وتعتبر نية الأصل.

(ب) ولو صام بنية واجب آخر من القضاء والنذور والكفارات في رمضان يقع عن رمضان أيضاً عندنا، لأن صوم رمضان تعين بتعيين الشرع، فظهر التعيين مطلقاً.

- أما المسافر:

(أ) فإن صام مطلقاً يقع عن رمضان.

(ب) وإن صام بنية واجب آخر يقع عما نوى.

(٤) قال ابن قدامة: (وإذا قدم المسافر وبرئ المريض وهما صائمان لم يباح لهما الفطر، أما إذا كانوا مفطرين ففي الإمساك روايتان). انظر: الكافي: ٣٤٦/١.

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٦٤/١: (كل من صار بحال لو كان على تلك الحالة في أول النهار يجب عليه الصيام، فإنه يجب عليه الإمساك في الباقي).

مثله، وبه قال الشافعي. وقال مالك وداود في المسافر والحائض: لا يلزمهما الإمساك. دليلنا: أنه طراً في أثناء نهار رمضان ما لو كان موجوداً في الابتداء أوجب الإمساك، كذلك في أثائه كقيام البينة بالرؤية.

٥١- مسألة: إذا سافر في أثناء نهار رمضان أبيح له الفطر، وبه قال داود^(١)، وفيه رواية أخرى: لا يباح، وبه قال أكثرهم^(٢) وجه الأولى: ماروي عن جابر «أنه خرج مع رسول الله ﷺ من المدينة صائماً حتى إذا بلغ كراع الغميم^(٣) رفع إناء فوضعه على يده فشرب والناس ينظرون إليه، ثم بلغه أن إناساً صاموا فقال: أولئك العصاة»^(٤)، ولأنه لو وجد في ابتداء النهار أباح كذلك في أثائه كالمرض والحيض.

فصل: فإن قلنا لا يباح فجامع فعلية كفارة، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه سفر طراً على الصيام ولم يؤثر فيه أشبه الستة عشر فرسخاً.

٥٧- مسألة: إذا نوى صيام رمضان في سفره ثم جامع. فلا كفارة عليه^(٥)،

(١) جاء في الروض المربع: ص ١٩٠: (وإن حاصر صوم يوم ثم سافر في أثائه فله الفطر إذا فارق بيوت قريته). المهذب: ٣٢٧/١.

(٢) قال الشيرازي: (ويحتمل عندي أنه لا يجوز له أن يفطر في ذلك اليوم، لأنه دخل في فرض المقيم فلا يجوز له أن يترخص برخص المسافر ..، ثم قال: ومن أصبح في الحضر صائماً ثم سافر لم يجز له أن يفطر في ذلك اليوم). انظر: المهذب: ٣٢٧/١، والمدونة: ٢٧٢/١، والكافي: ٣٤٦/١.

(٣) كراع الغميم: موضع بناحية الحجاز بين مكة والمدينة، وهو وادي أمام عسفان بثمانية أميال. انظر: معجم البلدان: ٤٤٣/٤.

(٤) أخرجه أبو داود في مسند الطيالسي: ص ٢٣٢، والشافعي في مسنده: ص ٨٥، وابن حبان في صحيحه: ٣١٩/٨.

(٥) جاء في الكافي: ٣٤٦/١: (وإن نوى الصوم في سفره فله الفطر، وله أن يفطر بما شاء، فإن أفطر بالجماع ففي الكفارة روايتان؛ أصحهما: لا تجب).

وهو اختيار شيخنا [القاضي أبو يعلى]^(١)، وبه قال أكثرهم، والمنصوص عن أحمد: عليه الكفارة، وعن مالك كالمذهبيين. دليلنا: أنه معنى يبيح الفطر أشبه المرض.

٥٧٧- مسألة: إذا شهد بهلال رمضان فرد الحاكم شهادته ثم وطء فعلياً الكفارة^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: أنه يوم يلزمه صياماً من رمضان^(٤) أشبه ما بعده، ولأنه من رؤية نفسه على يقين ومن غيره على شك، ثم يلزمه الكفارة في الموضع المشكوك، ففي المتيقن أولى.

٥٧٨- مسألة: إذا جامع ثم مرض في أثناء ذلك اليوم لم تسقط عنه الكفارة، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه معنى طراً بعد وجوب الكفارة أشبه السفر.

٥٧٩- مسألة: إذا أخر قضاء رمضان لغير عذر حتى دخل رمضان آخر صام الثاني عن نفسه ثم يقضي الأول ويفتدي^(٦)، وبه قال أكثرهم^(٧)، وقال أبو حنيفة:

- (١) ما بين المعكوفين أثبتناه من نسخة (ب).
- (٢) انظر: الممتع: ٢٦٤/٢ جاء فيه: (وإن جامع في يوم رأى الهلال في ليلته وردت شهادته فعليه القضاء والكفارة ..، لأنه أفطر من رمضان يوماً يلزمه صومه فوجب أن يلزمه قضاؤه .. وأما كون عليه كفارة فلأنه أفطر يوماً من رمضان بجماع تام فوجب عليه الكفارة).
- (٣) بدائع الصنائع: ٩٨٦/٢، والمبسوط: ٦٤/٣.
- (٤) جاء بهامش النسخة (ب): (روى حنبل عن أحمد أنه لا يلزمه الصوم، وهو قول عطاء وإسحاق وغيرهما، وذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم إلى وجوب الصوم على من وجده. من التنقيح نمرة ٤٧).
- (٥) جاء في المذهب: ٣٣٩/١: (وإن جامع ثم مرض أو جنّ ففيه قولان؛ أحدهما: أنه لا تسقط عنه الكفارة، والثاني: يسقط).
- (٦) ولا يجوز تأخير قضاء رمضان إلى رمضان آخر من غير عذر، فإن فعل فعليه القضاء وإطعام مسكين لكل يوم). انظر: الممتع: ٢٧٥/٢، الروض المربع: ص ١٩٦.
- (٧) جاء في المذهب: ٦٢٣/٢: (إذا كان عليه قضاء أيام من رمضان ولم يكن له عذر لم يجز له أن يؤخر إلى أن يدخل رمضان آخر، فإن أخره حتى أدركه رمضان آخر وجب عليه لكل يوم مد من طعام، فإن آخر سنين ففيه وجهان؛ أحدهما: يجب لكل سنة مد لأنه تأخير سنة فأشبه السنة الأولى. والثاني: لا يجب للثانية شيء).

لا فدية. دليلنا: ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ «أنه قال في رجل أفطر في شهر رمضان ثم مرض ثم صح ولم يصم حتى أدركه رمضان آخر.. قال : يصوم الذي أدركه ثم يصوم الشهر الذي أفطر فيه ويطعم مكان كل يوم مسكيناً»^(١) والذي اعتمد عليه أحمد إجماع الصحابة ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة^(٢)، ولأن قضاء رمضان مؤقت بما بين الرمضانين يدل عليه قول عائشة : «ما كنا نقضي ما تركنا في رمضان إلا في شعبان حتى مات رسول الله ﷺ اشتغلاً به»^(٣)، ومعلوم أن في شعبان الشغل أيضاً موجود، غير أنهم لم يؤخروا، لأنه قد تضايق الوقت، وروي عن أبي هريرة أنه قال فيمن فرط في رمضان حتى أدركه رمضان آخر : يصوم مع الناس ويصوم الذي فرط ويطعم، فسماه مفراطاً، وإذا ثبت هذا قلنا: صيام يوم واجب آخر عن وقته المعين، فجاز أن يتعلق به فدية كالصيام في حق الشيخ الهرم.

٥٨- مسألة: إذا نذر صيام شهر بعينه فلم يصمه لغير عذر لزمه كفارة يمين مع القضاء، وفيه رواية أخرى : يلزمه كفارة مع العذر أيضاً^(٤)، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا كفارة عليه. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «النذر حلفه وكفارة النذر كفارة يمين»^(٥)، ولأنه نوع صيام واجب آخره عن وقته المعين فجاز أن يتعلق به كفارة كقضاء رمضان على الشافعي وعلى أبو حنيفة في حق الشيخ والشيخة، ولأنها عبادة يتعلق بها قضاء وكفارة إذا كان وجوبها

(١) سنن الدارقطني: ١٩٧/٢.

(٢) الآثار عن ابن عمر وابن عباس وأبي هريرة، رواها الدارقطني: ١٩٦/٢ وما بعدها بإسناد صحيح، والبيهقي: ٢٥٣/٤.

(٣) روان ابن الجعد في مسنده: ص ٣١٣، وابن خزيمة في صحيحه: ٢٧٠/٣، ومسند الطيالسي: ص ٢١١، وأحمد في مسنده: ١٣١/٦.

(٤) جاء في اختلاف العلماء للطحاوي: ٤٢/٢ : (قال أصحابنا: يقضيه وعليه كفارة يمين إن أراد يميناً، وقال أبو يوسف ومالك : ليس عليه كفارة يمين مع القضاء).

(٥) أخرجه مسلم في النذر: ١٠٤/١١، والنسائي: ٢٦١/٧.

بأصل الشرع ، فتعلق بها قضاء وكفارة إذا كانت بالنذر كالحج .

٥٨١ - مسألة: إذا مات وعليه صيام واجب، فإن كان نذراً جاز أن يصوم عنا الولي^(١)، وإن كان من رمضان فله أن يطعم عنه^(٢) ولا يصوم^(٣)، وقال أبوحنيفة ومالك^(٤): لا يصام عنه ولا يطعم فيها، وقال الشافعي^(٥) في أحد قولي: يصام عنهما، وفي الأخرى: يطعم عنهما ماروى. دليلنا: أبو بكر بإسناده عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ سئل عن رجل مات وعليه صيام شهر رمضان. قال: يطعم عن كل يوم مسكيناً»^(٦)، ولأن صيام رمضان نوع عبادة لا تصح النيابة فيها حال الحياة عند العجز وهو في حق الشيخ والشيخة، فلا تصح النيابة بعد الموت كالصلاة، ولا يلزم النذر، لأنه بعض النوع. والدلالة على أن النذر يقضى ما روى أحمد بإسناده عن ابن عباس: «أن امرأة ركبت في البحر فنذرت إن نجاها الله أن تصوم شهراً، فلم تصم حتى ماتت، فجاءت قرابة لها إلى النبي

- (١) جاء في الممتع: ٢٧٧/٢: (ومن مات وعليه صوم منذور يفعل عنه وليه لقول الرسول ﷺ «من مات وعليه صيام صام عنه وليه»).
- (٢) ورد في هامش النسخة (ب) ما نصه: حاشية: قوله يطعم عن كل مسكين مدين برأ في جميع الكفارات، وهو ربع الصاع النبوي.
- (٣) جاء في كشف القناع: ٣٣٤/٢: (فإن أخر القضاء لغير عذر فمات قبل رمضان أو بعده أطعم عنه لكل يوماً مسكيناً ... ولا يصام عنه ، لأن الصوم الواجب بأصل الشرع لا يقضى عنه، لأنه لا تدخله النيابة في الحياة فكذا بعد الموت كالصلاة). انظر: المغني: ١٥٢/٣؛ والإيضاح: ٢٤٨/١، والأم: ١٠٥/٢.
- (٤) الأصل: ٢٣١/٢، والمدونة: ٢١٢/١، قال مالك في الموطأ: أنه بلغه عن ابن عمر أنه قال: (لا يصوم أحد عن أحد).
- (٥) جاء في المذهب: ٤٤٣/١: (إذا كان عليه قضاء شيء من رمضان فلم يصم حتى مات نظرنا، فإن أخره لنذر اتصل حتى مات لم يجب عليه شيء ، لأنه فرض لم يتمكن منه إلى الموت فسقط حكمه كالحج، وإن زال العذر وتمكن فلم يصم حتى مات أطعم عنه لكل مسكين مد من طعام ، ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر أنه يصام عنه).
- (٦) حديث ابن عمر رواه الترمذي وقال: هو غريب، والصحيح أنه موقوف على ابن عمر: ٤٠٥/٣، كتاب الصوم، باب ما جاء في الكفارة.

ﷺ فذكرت ذلك له فقال: صومي عنها»^(١)، وروي عن ابن عباس أنه قال: «النذر يقضى وقضاء رمضان يطعم عنه»، ولأن الصيام أحد أنواع النذر فدخله القضاء كالعقاق^(٢).

٥٨٢ - مسألة: إذا تطوع بالعبادات البدنية كالصيام والقراءة والصلاة، وجعل ثوابها للميت صح ذلك، وقال أكثرهم: الثواب للفاعل خاصة. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «إن من البر بعد البر أن تصلي لهما مع صلاتك، وأن تصوم عنهما مع صيامك، وأن تتصدق عنهما مع صدقتك»^(٣)، وروى عبدالعزيز الأزجي بإسناده عن علي عن النبي ﷺ أنه قال: «من مرّ على المقابر فقرأ قل هو الله أحد أحد عشرة مرة ثم وهب أجرها للأموات أعطي من الأجر بعدد الأموات وكل جهة حصل له بها ثواب الدعاء والاستغفار وصدقة التطوع حصل له بها ثواب القراءة وصلاة التطوع»^(٤). دليله: جهة الفاعل نفسه.

٥٨٣ - مسألة: إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، فأنه نذر صحيح، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليّه: هو نذر باطل. دليلنا: أنه نذر يوماً

(١) صحيح البخاري: ٤٦/٣، وصحيح مسلم: ٨٠٣/٢، وأحمد في مسنده: ٢١٦/١.

(٢) لقد لخص ابن رشد أقوال الفقهاء في هذه المسألة على النحو التالي:
أ - لا يصوم أحد عن أحد، ولكن قال الشافعي: يطعم عنه وليّه. وقال مالك: لا شيء إلا إذا أوصى قبل وفاته.

ب - قال قوم: يصوم عنه وليّه، فإن لم يستطع أطعم.
ج - فرق قوم فقالوا: إن كان صوم نذر صام عنه وليّه، وإن كان صوم رمضان لا يصوم عنه وليّه.

(٣) لم أجد تخريج هذا الحديث في المصادر المتوفرة لدي، واستعنت بالموسوعات الحديثة بواسطة الحاسب الآلي، فوجدته بمكتبة الحديث الشريف مخرجاً من نيل الأوطار للشوكاني، باب الأضاحي، عن الدارقطني عن جابر بن عبد الله، ولم أجدّه بباب الهدايا والضحايا بنيل الأوطار.

(٤) أخرجه الخلال في فضائل سورة الإخلاص: ص ١٠١، والقاضي محمد بن علي الأزدي: في فضائل القرآن ومن طريقة الغافقي في لمحات الأنوار: ١٤٤/٣ وإسناده قد يكون موضوعاً.

يمكن صيامه عن فرضه أشبه إذا قال : إن قدم فلان فله عليّ صيام يوم ،
وجه القدرة أنه يعلم من الليل قربه من البلد ، وإنه سيقدم في غد. (١)

فصل : فإن قدم ولم يكن الناذر أكل ، فإنه يلزمه أن يتم صيام ذلك اليوم
ويقضي يوماً مكانه ، ويكفي كفارة يمين في إحدى الروايتين ، وهي اختيار
أبي بكر ، وبه قال الشافعي على القول الذي يصحح هذا النذر ، إلا أنه لم تثبت
الكفارة ، والرواية الأخرى هي اختيار الخرقى : أنه يلزمه صيام ذلك اليوم فقط ،
وبه قال أبو حنيفة ، وقد ذكر الخرقى الروايتين جميعاً ، فالدلالة على القضاء : أنه
صيام يوم واجب فافتقر إلى نية من الليل كما لو نذر يوماً مطلقاً وقضاء
رمضان ، وإذا ثبت أنه يفتقر إلى نية من الليل فلم توجد. (٢)

فصل : والدلالة على الكفارة خلافاً لإحدى الروايتين أنه لو وجد القدوم وهو
مفطر لزمه الكفارة كذلك إذا كان صائماً ، لأن في الحالين يلزمه القضاء .

فصل : فإن قدم والناذر قد أكل ، فعليه القضاء والكفارة ، وبالقضاء قال
الشافعي ، وفيه رواية أخرى : لا شيء أصلاً ، وبه قال أبو يوسف . دليلنا : أنه لو
نذر صيام يوم الخميس ثم أفطر لزمه الكفارة ، وكذلك هاهنا لعله أنه علقه
بزمان مستقبل .

فصل : فإن وافق يوماً من رمضان فعليه القضاء (٣) ، وبه قال الشافعي ، وقال

(١) انظر: الأصل: ٢٤٢/٢ ، المزني: ص ٢٩٧ وجاء في المدونة: ٢٨٣/١ : (أرى عليه صوم
صبيحة تلك الليلة فيما يستقبل).

(٢) جاء في الممتع: ١٦٠/٦ : (وإن نذر صوم يقدم فلان فقدم ليلاً فلا شيء عليه ، لأن شرط
لزوم النذر قدومه نهاراً ولم يوجد ، وإن قدم نهاراً فعنه ما يدل على أن نذره لا ينعقد ولا يلزمه
إلا إتمام صيام ذلك اليوم إن لم يكن أفطر ، وعنه يقضي ويكفر سواء قدم وهو مفطر أو
صائماً ، لأنه لم ينو صيام النذر بعض الليل).

(٣) ولقد لخص ابن قدامة هذه المسألة على النحو التالي:
١- إن قدم ليلاً لم يلزمه شيء ، لأنه لم يتحقق شرطه فلم يجب نذره .
٢- إن قدم نهاراً فالحال لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أبو يوسف : لا قضاء عليه وهو اختيار الخرقى. دليلنا: أن رمضان يتكرر على من السنين فلا يكاد يتفق رمضان يوم قدومه ، فيمكنه الوفاء به غالباً أشبه إذا نذرت صيام يوم الخميس فحاضت فيه ، ويفارق هذا إذا نذر صيام يوم يقدم فلان أبداً ، فوافق يوم اثنين من أثانين رمضان يسقط ، لأن رمضان لا ينفك عن أثانين.

٥٨٤- مسألة: إذا نذر صيام رجب فصام عنه جمادى ، لم يجزه، وبه قال الشافعي^(١) خلافاً لأبي يوسف. دليلنا: أن النذور محمولة على أصولها في الفروض ثم الفرض بأصل الشريعة لا يجزئ تقديمه، كذلك ها هنا.

فصل: فإن جن في جميع رجب ، لم يلزمه القضاء خلافاً لأبي يوسف. دليلنا: ما تقدم من القياس على رمضان.

٥٨٥- مسألة: التتابع ليس بواجب في قضاء صيام رمضان، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لداود. دليلنا: قوله في حديث ابن عمر في رمضان : «إن شاء فرق، وإن شاء تابع»^(٣).

(أ) قدم والناذر مفطر، ففيه روايتان: إحداهما: لا يلزمه شيء، لأنه قدم في وقت لا يصح صومه شرعاً أشبه ما لو قدم ليلاً. والثانية: يلزمه القضاء والكفارة، لأنه علق نذره بزمان مستقل ولم يف به.

(ب) قدم والناذر صائم من رمضان أو فرضاً غيره.. ففيه روايتان: إحداهما: يجزئه صومه عنهما، لأنه نذر صومه وقد وفى به. والثانية: حكمه حكم من أفطره.

(ج) قدم والناذر صائماً تطوعاً أو ممسك، ففيه وجهان: أحدهما: يتم صومه ويجزئه. والثاني: يلزمه القضاء والكفارة، لأنه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كالقضاء).

(١) جاء في الممتع: ١٦٣/٢: (وأما كونه لا يجزئه إذا صام قبله، فلأنه يوجب عليه صوم ذلك الشهر بعينه ولم يوجب ذلك مع تقديم الصوم ، وذلك يقتضي عدم الإجزاء لبقائه في عهدة ما وجب عليه).

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٤٥٦/١: (ولا بأس أن يفرق، لأن وقته موسع). وجاء في الممتع: ٢٧٣/٢: (ويستحب التتابع في قضاء رمضان ولا يجب)، والمهذب: ٣٤٣/١.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٩٣/٢، كتاب الصيام.

٥٨٦- مسألة: إذا عميت الشهور على الأسير، فإنه يصوم رمضان بالاجتهاد، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال داود: لا يصوم إلا بيقين. دليلنا: أنها عبادة فجاز أن يدخل فيها بالإشهاد كالصلاة.

فصل: فإن وافق قبل الشهر لم يجزه، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعي في إحدى قولييه. دليلنا: أنها عبادة على البدن تراد لنفسها ويتكرر وجوبها فلا يصح أداؤها قبل وجوبها كالصلاة.

٥٨٧- مسألة: الحجامة تفطر الحاجم والمحجوم^(٣) خلافاً لأكثرهم^(٤) في قولهم: لا تفطر. دليلنا: قوله ﷺ: «أفطر الحاجم والمحجوم»^(٥)، ولأنه مذهب عليّ وعائشة، وصفية، وأبي هريرة، وأبي موسى، وابن عمر، ولأنه استدعى شيئاً من بدنه منهيّاً عنه نهياً يختص الصيام أشبهه القىء.

٥٨٨- مسألة: إذا أفاق المجنون في بعض الشهر لزمه صيام ما بقي خاصة، وبه قال الشافعي^(٦)، وفيه رواية أخرى: لزمه جميع الشهر وإن أفاق بعد

(١) جاء في الكافي: ٣٤٩/١: (ومن كان أسيراً أو في موضع لا يمكنه معرفة الشهور بالخبر فاشتبهت عليه الشهور، فإنه يصوم شهراً بالاجتهاد، لأنه اشتبه عليه وقت العبادة فوجب العمل بالتحري).

(٢) جاء في المدونة: قلت: (أرأيت الأسير في أرض العدو إذا التبت عليه الشهور فصام شهراً ينوي به رمضان فصام قبله؟ قال: بلغني عن مالك ولم أسمع منه أنه قال: إن صام قبله لم يجزئ، وإن صام بعده أجزأه). انظر: الكافي لابن قدامة: ٣٤٩/١، والمهذب: ٣٢٠/١.

(٣) الكافي: ٣٥٣/١.

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٢٩٠/١: (أما الحجامة فإن فيها ثلاثة مذاهب: قال قوم: إنها تفطر وأن الإمساك عنها واجب، وبه قال أحمد، وداود، والأوزاعي، وإسحاق بن راهوية. وقوم قالوا: إنها مكروهة للصائم وليست تفطر، وبه قال مالك والشافعي، وقوم قالوا: بأنها غير مكروهة ولا مفطرة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه).

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه: ١٤٤/٣.

(٦) المهذب: ٣٤٠/١.

خروجه ، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : إن أفاق في بعضه لزمه جميعه ، وإن أفاق بعد الخروج لم يلزمه شيء. دليلنا: على أنه لا يقضي شيئاً لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة، ذكر منهم المجنون حتى يفيق»^(١)، ولأنه لو دام جميع الشهر أسقط القضاء كذلك بعضه كالصغير والكفر، ونخص مالك بأنه معنى يزيل التكليف أشبه الصغير.

٥٨٩- مسألة: إذا نوى الصيام من الليل ثم أغمى عليه وأفاق في جزء من النهار أجزأ عنه صيامه^(٢)، وقال مالك^(٣): إن أفاق في أوله أجزأه، وعن الشافعي^(٤) كالْمُذهِبَيْنِ، وعنه قول ثالث: أن طريان الإغماء يبطل كالحيض، وقال أبو حنيفة: يجزئه أفاق أو لم يفق. دليلنا: على أنه لا يبطل بخلاف الحيض أنه مرض فلا ينافي صحة الصيام كسائر الأمراض ولا يلزم إذا لم يحصل إفاقة، لأن المانع هناك عدم الإمساك. ونخص مالك بأنه قد وجدت الإفاقة في جزء من النهار أشبه إذا أفاق في أوله. والدلالة على أنه لم تحصل الإفاقة لم يجزه خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ: «يقول الله تعالى: الصيام لي وأنا أجزئي به يدع شهوته وطعامه من أجلي»^(٥)، وهذا لم يدع شيئاً من أجله.

(١) أخرجه النسائي في سننه: ١٥٦/٦.

(٢) جاء في الكافي: ٣٤٥/١: (وإن أغمى عليه جميع النهار لم يصح صومه، لأن الصوم الإمساك ولا ينسب ذلك إليه، وإن أفاق في جزء من النهار صح صومه لوجود الإمساك فيه).

(٣) بداية المجتهد: ٢٩٩/١.

(٤) جاء في المذهب: ٣٤٠/١: (وإن نوى الصوم ثم أغمى عليه في بعض النهار فقد قال في كتاب الظهار ومختصر البويطي: إن كان في أوله مفقاً صح صومه.. وقال في كتاب الصوم: إذا أفاق في بعضه أجزأه).

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير: ج ٢ حديث ١٢٣٥.

٥٩٠ - مسألة: إذا دخل في صيام التطوع لم يلزمه إتمامه^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) وداود، وقال أكثرهم: يلزمه الإتمام، فإن خرج فعليه القضاء إلا أن مالكا يعتبر في القضاء أن يخرج منه بغير عذر.^(٣) دليلنا: على أنه لا يلزم قوله ﷺ «الصائم المتطوع أمير نفسه إن شاء صام وإن شاء أفطر»^(٤)، ولأنها عبادة يخرج منها بالإفساد فلا تلزم بالشروع كما لو اعتقد أن عليه صيام فبان بخلافه، والدلالة على أنه لا يلزم القضاء ما روي عن أم هانئ «أن رسول الله ﷺ شرب شراباً وناولها فقالت: إني صائمة، ولكن كرهت أن أرد سؤرك، فقال: إن كان قضاء رمضان فاقضي يوماً مكانه، وإن كان تطوعاً فإن شئت فاقضي، وإن شئت فلا تقضي»^(٥)، ولأنه أفسد صيام التطوع أشبه إذا أفسده برده.

٥٩١ - مسألة: يستحب أن يتبع رمضان بست من شوال، وبه قال الشافعي^(٦) خلافاً لأكثرهم.^(٧) دليلنا: قوله ﷺ: «من صام رمضان واتبعه ستاً من

(١) قال ابن قدامة: (ومن دخل في صيام التطوع فله الخروج منه ولا قضاء عليه، وعنه: عليه القضاء، لأنه عبادة فلزمت بالشرع كالحج والأول هو المذهب). انظر: الكافي: ١/٣٦٤.
(٢) جاء في المذهب: ٦٢٩/٢: (ومن دخل في صوم تطوع استحب له إتمامها، فإن خرج منها جاز).

(٣) جاء في المدونة: ٢٧٤/١: (قلت: أرأيت من أصبح متطوعاً، فأفطر متعمداً، أكون عليه القضاء في قول مالك...؟ قال: نعم). وجاء في بداية المجتهد: ٩٠/٢: (وأما حكم الإفطار في التطوع فإنهم أجمعوا على أنه ليس من دخل في صيام تطوع فقطعه لعذر قضاء. واختلفوا إذا قطعه لغير عذر عامداً، فأوجب مالك وأبو حنيفة: عليه القضاء. وقال الشافعي وجماعة: ليس عليه قضاء).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٧٦/٤، والحاكم في المستدرک: ٦٠٤/١.
(٥) رواه الترمذي في كتاب الصوم، باب ما جاء في إفطار التطوع، الحديث ٧٣١ و ٧٣٢. ورواه أبو داود في كتاب الصوم: ٥٧٢/١، ورواه أحمد في المسند: ٤٢٤/٦.

(٦) جاء في الممتع: ٢٨١/٢: (ومن صام رمضان وأتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر...)
(٧) جاء في بداية المجتهد: ٨٥/٢: (إلا أن مالكا كره ذلك، إما مخافة أن يلحق الناس برمضان ما ليس منه، وإما لأنه لعله لم يبلغه الحديث، أو لم يصح عنده وهو الأظهر).

شوال فكأنما صام الدهر، أو قال : السنة كلها».(١)

٥٩٢ - مسألة: إذا نذر صيام يوم العيد لم يصمه وعليه كفارة يمين، وفيه رواية أخرى : يقضي ويكفر. وقال أبو حنيفة : يفطر ويقضي ولا كفارة، فإن صامه أجزأ عنه، وعن أحمد رواية أخرى : إن صامه أجزأه ولا شيء عليه. وقال أكثرهم : لا يلزمه بهذا النذر شيء. دليلنا: على أنه لا يصح صيامه إنه يوم لا يحل صيامه أشبه يوم الحيض ، وندل على وجوب الكفارة بقوله ﷺ : « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين ».(٢)

٥٩٣ - مسألة: لا يجوز صيام أيام التشريق ، وبه قال أبو حنيفة(٣)، وفيه رواية أخرى : يجوز عن الفرض خاصة ، وقال مالك : لا يجوز صيامها إلا في حق المتمتع ، وعن الشافعي كمذهب مالك(٤) وكالرواية الأولى. دليلنا: نهيه ﷺ عن صيام ستة أيام ذكر منها أيام التشريق ، ولأنه يوم لا يصح فيه صيام غير المتعة ، فلا يصح فيه صيام المتعة كيوم النحر.

٥٩٤ - مسألة: إذا نوى الخروج من الصيام صار خارجاً، وبه قال الشافعي(١)

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ٨٢٢/٢. ورواه الترمذي في كتاب الصوم: ١٣٢/٣. ورواه أبو

داود في كتاب الصوم، باب في صوم ستة أيام من شوال: ٣٢٤/٢ الحديث رقم ٢٤٣٣.

(٢) أخرجه الترمذي في سننه: ١٠٣/٤، وأحمد في مسنده: ٢٤٧/٦، والبيهقي في السنن

الكبرى: ٦٩/١٠، وسنن النسائي: ١٩/٧.

(٣) جاء في الممتع: ٢٨٥/٢: (ولا يجوز صيام أيام التشريق تطوعاً لقول الرسول ﷺ : «أيام

التشريق أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل» ، وفي صومها عن الفرض روايتان). انظر: فتح

القدير: ٣٨٦/٢.

(٤) جاء في المذهب: ٣٤٦/١: (ولا يجوز أن يصوم في أيام التشريق صوماً غير صوم المتمتع،

فإن صام لم يصح، لأن النبي ﷺ نهى عن صيام ستة أيام: يوم الفطر، ويوم النحر، وأيام

التشريق، ويوم الشك).

(٥) جاء في الكافي: ٣٥١/١: (ومن نوى الخروج من صوم الفرض أبطله، لأن النية شرط في

جميعه، فإذا قطعها في أثناءه خلا ذلك الجزء عن النية فيفسد الكل لفوات الشرط). انظر:

المذهب: ٣٣٣/١.

خلفاً لأبي حنيفة وبعض المالكية. دليلنا: أن النية أحد ركني الصيام فلزمه استدامتها كالإمساك.

٥٩٥ - مسألة: يكره أفراد الجمعة أو السبت بالصيام إلا أن يوافق عادة، وبه قال الشافعي^(١) خلفاً لمالك. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تصوموا السبت إلا فيما افترض الله عليكم»^(٢)، ولأنه يوم عيد أشبه الفطر والأضحى.

٥٩٦ - مسألة: ليلة القدر تلتمس في العشر الأواخر من رمضان، وأؤكد لها ليلة سبعة وعشرين^(٣)، وقال مالك: في العشر الأواخر وليس بعض بأؤكد من بعض، وقال الشافعي^(٤): ليلة إحدى وعشرين أؤكد في الطلب. دليلنا: قول ابن عمر: «كانوا لا يزالون يقصون على النبي ﷺ الرؤيا إنها ليلة السابعة من العشر الأواخر فقال: أرى رؤياكم قد تواطئت إنها ليلة السابعة في العشر الأواخر فمن كان متحرياً فليتحراها ليلة السابع من العشر الأواخر»^(٥).

٥٩٧ - مسألة: لا يصح الاعتكاف^(٦) إلا في مسجد تقام فيه الجماعات^(٧)، وقال

(١) قال ابن قدامة: (ويكره أفراد الجمعة بالصيام، لما روى أبو هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا يصوم من أحدكم يوم الجمعة إلا يوماً قبله أو يوماً بعده» متفق عليه، وأفرد يوم السبت بالصوم). انظر: المذهب: ٣٤٦/١.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير: ٣٣٠/٢٤، حديث ٨١٩.

(٣) جاء في الممتع: ٢٨٦/٢: (وتطلب ليلة القدر في العشر الأخير من رمضان وليالي الوتر أكد وأرجاها ليلة سبع وعشرين). انظر: المذهب: ٣٤٧/١، والكافي: ٣٦٥/١.

(٤) جاء في المذهب: ٦٣٢/٢: (ويستحب أن يطلب ليلة القدر ويطلب ذلك في ليالي الوتر من العشر الأواخر من شهر رمضان لما روى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «التمسوها في العشر الأواخر من شهر رمضان في كل وتر». رواه مسلم: ٦٠/٨).

(٥) صحيح البخاري: ٦٠/٣، وصحيح مسلم: ٨٢٣/٢.

(٦) الاعتكاف: لغة: لزوم الشيء مطلقاً. وشرعاً: لزوم مسجد لطاعة الله تعالى بصفة مخصوصة من مسلم عاقل، وهو سنة كل وقت، وأكدته العشر الأخير من رمضان، ويجب بذره ولا يصح إلا بنية. انظر: الاقناع: ٣٢١/١، والمنتهى: ٢٢٩/١، والمجموع: ٤١٤/٦.

(٧) الكافي: ٣٧١/١، والمذهب: ٣٥٠/١.

أكثرهم^(١): تصح في جميع المساجد. دليلنا: ما روى النجاد والدارقطني بإسنادهما عن النبي ﷺ إنه قال: «كل مسجد له إمام يؤذن فيه فالإعتكاف فيه جائز»^(٢)، ولأنه مذهب علي، وابن عباس، وعائشة، ولأنها عبادة من شرطها المسجد فاعتبر فيها مسجد مخصوص كالطواف.

٥٩٨ - مسألة: لا يصح اعتكاف المرأة في بيتها، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال أبو حنيفة: يصح في مسجد بيتها. دليلنا: أن ما كان شرطاً في اعتكاف الرجل كان شرطاً في اعتكاف المرأة كاللُبث.

٥٩٩ - مسألة: يصح الاعتكاف بغير صيام^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥) خلافاً لإحدى الروایتين ولأكثرهم^(٦). دليلنا: ما روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس على المعتكف صيام إلا أن يوجبه على نفسه»^(٧)، ولأنها عبادة يصح إفتتاحها لئلا فلا يكون من شرطها الصيام كسائر العبادات ولأن الليل زمان يصح فيه الإعتكاف فصح أفراداه بالإعتكاف كالنهار.

٦٠٠ - مسألة: إذا نذر إعتكاف يومين لزمه إعتكافهما، واللييلة التي بينهما^(٨)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٩): يومان وليلتان، فيدخل قبل غروب الشمس،

(١) جاء في المذهب: ٦٣٧/٢: (ولا يصح الاعتكاف من الرجل إلا في المسجد. والأفضل أن يعتكف في المسجد الجامع، لأن الرسول ﷺ اعتكف في المسجد الجامع). رواه الدارقطني.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه: ٢٠٠/٢.

(٣) انظر: المذهب: ٦٣٧/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٣٦٨/١: (ويصح بغير صوم، وعنه لا يصح إلا به)، الممتع: ٢٩٠/٢.

(٥) جاء في المذهب: ٣٥٠/١: (والأفضل أن يعتكف بصوم، لأن النبي ﷺ كان يعتكف في شهر رمضان، فإن اعتكف بغير صوم جاز).

(٦) انظر: الأصل: ٢٦٨/٢، والمدونة: ٢٢٥/١، والمزني: ص ٦٠.

(٧) أخرجه البيهقي: ٣١٩/٤.

(٨) الممتع: ٢٩٧/٢.

(٩) تحفة الفقهاء: ٣٧٦/١ حيث قال (تلزمه الأيام وما يقابلها من الليالي).

ويخرج بعد غروبها من اليوم الثاني. دليلنا: أن الليلة الأولى لم يتناولها لفظه ولا هي متخللة لنذره، فهي كالليلة التي قبلها.

٦٠١ - مسألة: إذا نذر أياماً يتخللها جمعة فله أن يخرج إلى الجامع^(١)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: يعتكف في الجامع. دليلنا: أنه خرج من معتكفه لما لا بد منه أشبه إذا أخرج لحاجة الإنسان.

٦٠٢ - مسألة: إذا نذر أن يعتكف شهراً لزمه ذلك متتابعاً، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعي^(٣). دليلنا: أنه مما يصح ليلاً ونهاراً أشبه مدة العدة والإيلاء والعنة واليمين.

٦٠٣ - مسألة: الاعتكاف يفسد بالوطء ناسياً، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً للشافعي. دليلنا: أنه ممنوع منه ليلاً ونهاراً فاستوى عمده وخطئه كترك اللبث.

٦٠٤ - مسألة: على الواطئ في الاعتكاف كفارة يمين^(٥)، وفيه رواية أخرى: لا تجب، وبه قال أكثرهم. دليلنا: أنها عبادة تختص بالمسجد فتعلق بالوطء فيها كفارة كالطواف.

(١) الكافي: ٣٧١/١.

(٢) الممتع: ٢٩٦/٢، والكافي: ٣٧٠/١، والأصل: ٢٧٥/٢. جاء في المدونة: ٢٩٧/١: قلت ما قول مالك فيمن قال: لله علي أن أعتكف شهراً أله أن يقطعه؟ فقال ابن القاسم: لا، ليس عليه أن يقطعه.

(٣) المهذب: ٣٥١/١، والأم: ١٠٥/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٣٧٣/١: (فإن وطء فسد اعتكافه، لأن الوطء إذا حرم في العبادة أفسدها كالصوم والحج، والعمد والساهي سواء). وهذا مذهب الحنفية والمالكية أيضاً، وذهب الشافعية إلى أنه لا يبطل بالوطء ناسياً.

(٥) وقال ابن قدامة: (ولا كفارة على الواطئ نص عليه، وعنه عليه كفارة). انظر: الكافي: ٣٧٣/١.

٦٠٥ - مسألة: القبلة واللمس لا تبطل الاعتكاف^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢) والشافعي في أحد قوليهِ. دليلنا: أنها مباشرة لا تفسد الصوم أشبه إذا كانت لغير شهوة.

٦٠٦ - مسألة: إذا شرط المعتكف لنفسه أن يخرج للقرب كعبادة المرضى وشهود الجنائز ونحو ذلك، فله ما شرط، وبه قال [الشافعي]^(٣)، وقال مالك: يبطل إعتكافه بالخروج. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أنس: «للمعتكف أن يعود المريض ويشهد الجنازة»^(٤)، ولأنها صلاة لا يمكنه فعلها في معتكفه أشبه صلاة الجمعة، ولأنهم قالوا: لو شرط المشافرة كان له ذلك، كذلك هاهنا.

٦٠٧ - مسألة: يكره للمعتكف أن يتشاغل بغيره والمستحب أن يتشاغل بنفسه، وبه قال مالك^(٥)، وقال أكثرهم: لا يكره. دليلنا: أنها عبادة تتعلق بالمسجد فكره له التشاغل بغيره فيها كالطواف، ولأنهم قد كرهوا له التشاغل بالتجارة حتى لا يشتغل عن خاصة نفسه، كذلك هاهنا.

(١) جاء في الكافي: ٣٧٢/١: (وأما المباشرة فيما دون الفرج فإن كانت لغير شهوة فهي مباحة، لأن النبي ﷺ كان يدلي رأسه إلى عائشة فترجله وهو معتكف، وإن كان لشهوة فهي محرمة لقول عائشة: «السنة للمعتكف أن لا يمس امرأة ولا يباشرها، فإن فعل فأنزل أفسد اعتكافه وإلا فلا».)

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٧٥/١: (ولو جامع فيما دون الفرج أو قبل وأنزل يفسد اعتكافه، فأما إذا لم ينزل فلا يفسد اعتكافه، ولكن يكون حراماً، لأن الجماع حرام ههنا بالنص فيحرم بدواعيه).

(٣) بياض في النسختين، وما أثبتناه هو الصحيح. انظر: الأصل: ٢٧٧/٢، والأم: ١٠٥/٢.

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٩٩/٢: (واختلفوا أيضاً هل للمعتكف أن يشترط فعل شيء مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الإباحة.. أم ليس ينفعه ذلك..؟ مثل أن يشترط شهود جنازة أو غير ذلك. فأكثر الفقهاء أجمعوا على أن شرطه لا ينفعه، وأنه إن فعل بطل اعتكافه. وقال الشافعي: [ينفعه شرطه].

كتاب الحج

٦٠٨ - مسألة : من شرط وجوب الحج الزاد والراحلة، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لما لك. دليلنا: قوله تعالى: ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾^(٢)، فقام رجل فقال: يا رسول الله ما السبيل ؟ « قال : الزاد والراحلة »^(٣)، ولأنه غير واجد للزاد والراحلة وبينهما مسافة صحيحة فلا يلزمه الحج كالذي لا حرفة له ولا عادة بالمسألة.

٦٠٩ - مسألة : يسقط الحج عن الغني العاجز عن الحج بنفسه كالزمن والشيخ ونحوهما، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لما لك وداود. دليلنا: ما روي أن رجلاً قال: « يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الحج وهو شيخ كبير لا يستمسك. فقال : حج عنه »^(٥)، ولأنها أحد العبادات أشبه بقية العبادات.

٦١٠ - مسألة : الحج لا يلزم المعصوب^(٦) ببذل الطاعة، وبه قال أكثرهم^(٧) خلافاً للشافعي. دليلنا: أنها عبادة تراد لنفسها فلا يؤثر بذل الغير في وجوبها كالصلاة والصيام ، وكما لو بذل له مالاً وإنما الخلاف إذا بذل النيابة ببذنه.^(٨)

(١) انظر: الممتع: ٣١٢/٢، والكافي: ٣٧٦/١، وفتح القدير: ٤١٠/٢، والمهذب: ٣٥٩/١.

(٢) سورة آل عمران: الآية: ٩٧.

(٣) أخرجه الترمذي: ١٧٧/٣.

(٤) جاء في الممتع: ٣١٥/٢: (فإن عجز عن السعي إليه لكبر أو مرض لا يرجى برؤه لزمه أن يقيم من يحج عنه).

(٥) أخرجه الطبراني: ج ٢٤ الحديث رقم ١٠١، وصحيح ابن خزيمة: ٣٤٤/٤.

(٦) المعصوب: هو الضعيف الذي لا يقوى بدنه على تحمل أداء النسك، ورجل مغصوب زمن لا حراك به كأن الزمانة غصبت ومنعته من الحركة. انظر: المصباح المنير: ص ٤١٤.

(٧) كشف القناع: ٣٩٢/٢، والكافي: ٣٨٦/١.

(٨) ورد في النسخة (ب) تعليق: «وكذلك عند مالك لا يصح الحج عن الغير بل يقع عن الذي حج لنفسه ويسير الدعاء للغير ... فقط».

٦١١ - مسألة: تصح الإستنابة في حجة النافلة في حق الصحيح وغيره^(١)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي في أحد قوليه، وإنه لا يصح إلا في الفريضة. دليلنا: أن ما صح النيابة في فرضه صح في نفيه كالصدقة.

٦١٢ - مسألة: المريض لا يستناب في الفريضة إذا رجا برؤه، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه غير ميئوس منه أشبه الصحيح، أو من به صدا ع يسير.

فصل: فإن استناب الميئوس منه ثم برئ فلا إعادة عليه خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه حج عن نفسه وهو ميئوس منه، أشبه إذا استدأى المرض.

٦١٣ - مسألة: إذا كان بينه وبين الحج بحر الغالب منه السلامة لم يسقط الحج، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً للشافعي في إحدى قوليه. دليلنا: قوله ﷺ: «لا يركب البحر إلا حاج أو غازٍ أو معتمر»^(٤)، ولأنه أحد المسلكين فهو كالبر.

٦١٤ - مسألة: الأعمى لا يسقط عنه الحج بنفسه، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٥). دليلنا: أنه فقد حاسة أشبه بقية الحواس كالخرس والطرش، ولا يلزم العصب، لأن الحواس خمس ليس ذلك من جملتها.

(١) جاء في الكافي: ٣٨٦/١: (وتجوز النيابة عنهما في حج التطوع)، انظر: المجموع شرح المذهب: ٩٤-٩٢/٧.

(٢) جاء في المذهب: ٣٦٦/١: (فإن كان غير ميئوس منه لم يجز أن يحج عنه غيره).

(٣) قال ابن قدامة: (وتخلى الطريق عبارة عن عدم الموانع فيها، بعيدة كانت أو قريبة، براً أو بحراً، الغالب فيه السلامة لم يلزمه كالبر إذا كان فيه مانع، فإن كان الطريق آمناً لكنه يحتاج إلى خفارة كثيرة لم يلزمه الأداء). انظر: الكافي: ٣٨١/١.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٨/٦، وأبي داود في سننه: ٦/٣.

(٥) جاء في المستوعب: ٥٠٩/١: (وحكم الأعمى إذا وجد قائداً كحكم البصير. انظر: فتح القدير: ١٢٥/٢، وتحفة الفقهاء: ٣٨٤/١).

٦١٥ - مسألة: الحج لا يسقط بالموت^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأكثرهم في قولهم: يسقط إلا أن يوصى به^(٣). دليلنا: ما روي أن رجلاً من خثعم قال: يا رسول الله: إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ كبير لا يستطيع الجلوس على الراحلة، أفأحج عنه؟ فقال: «أرأيت لو كان على أبيك ديناً فقضيته أما كان يجزئ عنه؟ قال: بلى. قال: حج عن أبيك واعتمر»^(٤). فشبهه بالدين، وذلك لا يسقط بالموت وأمره بالقضاء، والأمر على الوجوب، ولأنه تصح الوصية بنفله فلا يسقط بالموت كالدين.

فصل: ويجزئ عنه من دويرة أهله، وقال الشافعي: من الميقات. دليلنا: أن من بيته إلى الميقات مسافة يجب قطعها في حال الحياة، كذلك بعد الموت. دليله: من الميقات إلى مكة.

٦١٦ - مسألة: إذا استناب من يحج عنه فالحج عن المحجوج عنه، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال أبو حنيفة: عن الحاج والمحجوج عنه ثواب النفقة فيقيدانه إن لم يكن من جهته نفقة لم يسقط عنه الفرض. دليلنا: ما تقدم من الحديث وإنه قال: «حج عنه وعبدكم عن نفسه»، ولأنه شبيهه بالدين وذلك عن المدين كذلك هاهنا، ولأنه حق تصح فيه الاستنابة فصحت النيابة كالدين.

- (١) ومن وجب عليه الحج فمات قبل فعله، وجب الحج عنه... ولأنه حق مستقر تدخله النيابة فلم يسقط بالموت كالدين، ويحج عنه من رأس ماله، لأنه واجب. انظر: الكافي: ٣٨٥/١.
- (٢) جاء في المذهب: ٣٦٥/١: (ومن وجب عليه الحج فلم يحج حتى مات نظرت، فإن كان قبل أن يتمكن من الأداء سقط فرضه ولم يجب القضاء، وإن مات بعد التمكن من الأداء لم يسقط الفرض ويجب قضاؤه من تركته). انظر: المجموع: ٨٨/٧، والأم: ١٢٥/٢.
- (٣) انظر: المسوط: ١٦٢/٢، ومختصر الطحاوي: ص ٩٥ وقد استدلوا بأن الحج عبادة بدنية فإذا مات سقطت.
- (٤) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٠/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٤٤/٤.
- (٥) المغني: ٢٤/٥ وما بعدها. وجاء في المستوعب: ٦٢٣/١: (ويقع النسك عن المنوب عنه لا عن النائب).

٦١٧- مسألة: لا يصح الاستئجار على الحج^(١)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم.^(٢) دليلنا: أن دخول العوض يمنع القرية كالعقاق على مال، وإذا لم يقع قرية جرى مجرى استئابة الكافر.

٦١٨- مسألة: لا تصح إستئابة من لم يحج عن نفسه^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، خلافاً لأكثرهم وداود.^(٥) دليلنا: ما روي عن ابن عباس: «أن النبي ﷺ رأى رجلاً يلبي عن شبرمة فقال: من شبرمة؟ فقال: أخ لي أو قريب لي فقال: أحجبت عن نفسك؟ قال: لا. قال إجعلها عن نفسك ثم حج عن شبرمة»^(٦)، وروى: لب عن نفسك ثم لب عن شبرمة، ولأن الإحرام ركن من الحج فلا ينوب فيه، وعليه فرضه كالطواف.

٦١٩- مسألة: إذا أحرم عن أحد نفسيين لا بعينه وقع عن نفسه ولم يكن له صرفه إلى غيره^(١)، وقال أبو حنيفة: له صرفه إلى أحدهما. دليلنا: أنه لم ينو

(١) جاء في المستوعب: ٦٢٤/١: (وفي جواز الاستئجار على الحج روايتان: إحداهما: يجوز. ذكرها أبو حفص البرمكي في مجموعه واختارها أبو إسحاق. والأخرى: لا يجوز. كما لا يجوز علي بقية الطاعات مثل الإمامة والأذان وتعليم القرآن. وقال أحمد - رحمه الله -: ما سمعنا أحداً استأجر من يحج عن ميت. انظر الكافي: ٣٠٣/٢. رد المحتار: ٢٢٨/٢ - ٢٢٩، والفروع: ٢٥٢/٣ - ٢٥٤، والمجموع: ١٠٢/٧، ومغني المحتاج: ٤٧٠/١.

(٢) قال ابن قدامة: (ولا يجوز أن ينوب في الحج من لم يسقط فرضه عن نفسه). انظر: الكافي: ٣٨٧/١.

(٣) جاء في المذهب: ٣٦/١: (ولا يحج عن الغير ما لم يحج عن نفسه).
(٤) جاء في بداية المجتهد: ٣٣٠/١: (واختلفوا من هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حياً أو ميتاً، هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا؟ فذهب بعضهم إلى أن ذلك ليس من شرطه، وإن كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك أفضل، وبه قال مالك فيمن يحج عن الميت، لأن الحج عنده عن الحي لا يقع.. وذهب آخرون إلى أن من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه، وبه قال الشافعي وغيره).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه: ١٦٢/٢، كتاب المناسك، وأخرجه ابن ماجه في سننه: ٩٦٩/٢.
(٦) جاء في الكافي: ٣٨٧/١: (وإن استئابه اثنان فأحرم عنهما لم يقع عن واحد منهما ووقع عن نفسه، لأنه يتعذر وقوعه عنهما، وليس أحدهما أولى من الآخر).

أحدهما بعينه أشبه إذا أطلق الإحرام، ولأنه لا يشتري لأحدهما لا بعينه، كذلك الإحرام.

٦٢٠ - مسألة: من لم يحج عن نفسه إذا نوى بإحرامه التطوع وقع عن الفرض^(١)، وبه قال الشافعي وهو اختيار الخرقى، وفيه رواية أخرى اختارها أبو بكر: لا تجزيه عن فرضه، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: إنه إحرام بالحج وعليه فرضه أشبه إذا أطلق الإحرام، ولأنها عبادة يجب بإفسادها كفارة، فلا يصح تطوعه بها، وعليه فرضها كالصيام.

٦٢١ - مسألة: الحج على الفور، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي: على التراخي.^(٢) دليلنا: قوله في حديث علي بن أبي طالب: «من وجد زاداً وراحلة تبغفه البيت فلم يحج فلا عليه أن يموت يهودياً أو نصرانياً أو على أي ملة شاء»^(٣)، وفي لفظ آخر: «من أراد الحج فليتعجل»^(٤)، وقوله: «من كسر أو عرج فقد حل، وعليه الحج من قابل»^(٥)، ولأنها عبادة تفتقر إلى قطع مسافة أشبه الجهاد، ولأنها يجب بإفسادها كفارة فهي كالصيام.

٦٢٢ - مسألة: أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة^(٦)، وبه قال

(١) الكافي: ٣٨٧/١، وكشاف القناع: ٣٩٦/٢، والمهذب: ٣٦٦/١.

(٢) جاء في الكافي: ٣٨١/١: (ومن كملت الشرائط في حقه لزمه الحج على الفور ولم يجز له تأخيره). انظر: الأم: ١١٧/٢-١١٨، والهداية وفتح القدير: ١٢٣/٢.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه: ١٧٦/٣.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٩/٤، وأحمد في مسنده: ٢٢٥/١، وأبو داود في السنن: ١٤١/٢.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٢٠/٥، والحاكم في المستدرک: ٦٤٢/١، وأبو داود في السنن: ١٧٣/٢، وابن ماجه في سننه: ١٠٢٨/٢.

(٦) جاء في المستوعب: ٥١٧/١: (فميقات الزمان لا يختلف باختلاف البلدان بل هو في ثلاثة أشهر: شوال، وذو القعدة، وعشر أيام من ذي الحجة آخرها يوم النحر).

أبو حنيفة، وقال مالك : وجميع ذي الحجة^(١)، وقال الشافعي : وتسع فالدلالة عليه أن الله سمى يوم النحر يوم الحج الأكبر ولا يسميه بذلك وليس من أشهره، وأيضاً فإنه مذهب العبادة وابن مسعود، ولأن يوم النحر ليلته من أشهر الحج، فكان من أشهر الحج كالتاسع وعكسه الحادي عشر، ونخص مالك بأن ما بعد العشر يأتي بعد كمال التحلل، فهو كالمحرم.

٦٢٢- مسألة: يصح الإحرام بالحج في غير أشهره، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعي^(٣) وداود في قوليهما: لا يصح زيقع عمرة. دليلنا: أنه أحد نسكي القرآن أشبه العمرة ، ولأن الإحرام أحد طرفي الحج فوقع في غير أشهره كالطواف ، ولأنه أحد الميقاتين ، فصح التقدم عليه كميات المكان.

٦٢٤- مسألة: الأفضل أن يحرم بالحج من الميقات^(٤)، وبه قال مالك^(٥)، وقال أبو حنيفة : من دويرة أهله^(٦)، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٧). دليلنا: أن النبي

(١) جاء في بداية المجتهد: ٣٢٥/١: (وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضاً في أنواع الحج الثلاث وهي شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة باتفاق، وقال مالك: الثلاثة أشهر كلها محل للحج، وقال الشافعي: الشهران وتسع من ذي الحجة، وقال أبو حنيفة: عشر فقط. (٢) انظر: المزني: ص ٤٣. وجاء في الكافي: ٣٦١/١: (والأفضل أن لا يحرم بالحج قبل أشهره، لأنه تقديم للعبادة عن وقتها فكره ذلك، فإن فعل انتقد إحرامه، لأنه أحد الميقاتين فانتقد الإحرام).

(٣) جاء في المذهب: ٣٦٧/١: (ولا يجوز الإحرام بالحج إلا في أشهر الحج). (٤) جاء في الكافي: ٣٩٠/١: (والأفضل أن لا يحرم قبل الميقات، لأن النبي ﷺ وأصحابه أحرّموا من ذي الحليفة، فإن أحرّم قبله جاز). (٥) قال ابن رشد: (وقال مالك وإسحاق وأحمد: إحرامه من المواقيت أفضل). انظر: المدونة: ٣٦٣/١.

(٦) جاء في اختلاف العلماء للطحاوي: ٦٠/٢ (قال أصحابنا: أفضل الإحرام أن تحرم من دويرة أهلك وهو قول سفيان الثوري والحسن بن صالح بن حي). انظر: المختصر: ص ٦١. (٧) جاء في المذهب: ٣٧٢/١ (وفي الأفضل قولان أحدهما: أن يحرم من الميقات ، لأن الرسول ﷺ أحرّم من ذي الحليفة ولم يحرم من المدينة، ولأنه إذا أحرّم من بلده لم يأمن أن يرتكب محظورات الإحرام، فإن أحرّم من الميقات آمن من ذلك فكان الإحرام من الميقات أفضل. والثاني: أن يحرم من داره لقول الرسول ﷺ (من أهل بحجة أو عمرة من المسجد الأقصى إلى المسجد الحرام غفر له ما تقدم).

«أحرم بحجة وأربع عمر، كلها من الميقات»^(١) ولا يُدام إلا على الأفضل،
ولأنه أحد الميقاتين فلا يستحب التقدم عليه كميقات الزمان.

٦٢٥ - مسألة : الأفضل الإحرام عقيب الركعتين^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، واختاره
الخرقي، وفيه رواية أخرى : عقيب الركعتين، أو حين تستوي به راحلته على
البيداء، وقال مالك : حتى تستوي راحلته على البيداء، وعن الشافعي كالرواية
الأولى، وعنه حين تسير به راحلته^(٣) وجه الأولى : ما روي عن ابن عباس أن
النبي ﷺ أوجب الإحرام عقيب الركعتين، ثم خرج فركب ناقته، فلما استوت
على البيداء أهل بالحج فأدركه قوم وظنوا أنه أهل في ذلك الوقت، ولأنه ذكر
يتقدمه صلاة فكان عقبها كالتكبير أيام التشريق، وإذا ثبت أن لتلييته عقيب
الصلاة ثبت أن الإحرام عقيبها، ولأن التلية إنما تكون في الإحرام.

٦٢٦ - مسألة : التلية^(٤) غير واجبة، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أبو حنيفة^(٦) : إن
لم يأت بها لم ينعد إحرامه إلا أن يكون قد ساق الهدى، وقال مالك^(٧) : ينعد
وعليه دم . ولا يختلفان أنه يسقط بالسهو. دليلنا : أنه أحد طرفي الحج فلا
يجب فيه ذكر كالطرف الأخير، ولأنها عبادة يجب إفسادها كفارة، فهي
كالصيام وعكسه الصلاة.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٣٤٢/٤، والترمذي : ١٧٩/٣، وأبو يعلى في مسنده : ٤١١/٥.

(٢) جاء في الكافي : ٣٦٢/١ : (ويستحب أن يحرم عقيب صلاة إما مكتوبة أو نافلة).

(٣) انظر : المذهب : ٣٧٥/١.

(٤) التلية : لغة : إجابة المنادي. والمراد بها هنا قول المحرم : «ليبك اللهم ليك..» أي إجابتي
لك يارب، ولم يستعمل «ليبك» إلا على لفظ التنية، والمراد بها التكثير.
والمعنى : أجبتك إجابة بعد إجابة إلى ما لا نهاية. انظر : النهاية لابن الأثير، مادة (لب) :
٤٧/٤، ولسان العرب : ٢٢٥/٢.

(٥) قال ابن قدامة : (ويسن للمحرم التلية). انظر : الكافي : ٤٠٠/١، والممتع : ٣٤٠/٢،
والمجموع شرح المذهب : ٢٢٦/٧-٢٢٧.

(٦) بدائع الصنائع : ١١٧٤/٣، والمبسوط : ٦/٤ ص ١٨٧.

(٧) انظر : بداية المجتهد : ٣٣٧/١، والشرح الكبير : ٤٠/٢.

٦٢٧- مسألة: لا يستحب إظهار التلبية في الأمصار خلافاً لأكثرهم^(١)، إلا أن مالك كرهه في مساجد الأمصار. دليلنا: ما روي عن ابن عباس أنه رأى رجلاً يلبي في المدينة فقال: «إن هذا لمجنون ليس التلبية في السوق إنما التلبية إذا برزت»، وأيضاً فإن من أصلنا أنه نافلة، ولا يستحب إظهار النوافل، وفارق إذا كان في البرية، لأن الناس يشركونه، فلا تهمة فيه، وكذلك المسجد الحرام ومسجد الخيف، لأنه موضع النسك فيسلم من الرياء.

٦٢٨- مسألة: لا يستحب الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما روى ابن عباس وابن مسعود وابن عمر وجابر بن عبد الله وعائشة: أن النبي ﷺ كان يقول: «لبيك لا شريك لك لبيك. إن الحمد والنعمة لك والملك. لا شريك لك»^(٤)، فلو استحب الزيادة لم يداوم على الإخلال به - لا سيما فيما لا يتكرر، ولأنه شعاراً على العبادة أشبه الأذان والإقامة.

٦٢٩- مسألة: المعتمر يقطع التلبية عند الشروع في الطواف^(٥)، وبه قال أكثرهم، وقال مالك^(٦): إن كان أحرم من الميقات فعند دخول الحرم، وإن كان من أدنى الحل فعند رؤية البيت. دليلنا: ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص:

- (١) جاء في الكافي: ٤٠٢/١: (ولا يستحب إظهار التلبية في مساجد الحل وأمصاره).
- (٢) جاء في المستوعب: ٥٣٤/١: (ولا يستحب الزيادة في التلبية كقول: «لبيك اللهم وسعديك والخير كله بيدك ...» ونحو ذلك).
- (٣) جاء في المذهب: ٣٧٩/١: (فإن زاد على هذا فلا بأس لما روي أن ابن عمر - رضي الله عنهما - كان يزيد فيها: لبيك وسعديك والخير كله بيدك والرغبة إليك).
- (٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ٥٦١/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٤٤٥/٥، وأخرجه أحمد في مسنده: ٤١/٢، وأبو يعلى في مسنده: ١٥٥/٥، والترمذي في جامعه: ١٨٧/٣.
- (٥) جاء في المستوعب: ٥٣٤/١: (والمعتمر والمتمتع يقطعان التلبية إذا وصلا إلى البيت).
- (٦) قال ابن رشد: (واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة، فقال مالك: يقطع التلبية إذا انتهى إلى الحرم، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: إذا افتتح الطواف). بداية المجتهد: ٣٣٩/١. وجاء في المدونة: ٣٩٧/١: (قال مالك: والمحرم بالعمرة من ميقاته يقطع التلبية إذا دخل الحرم ثم لا يعود إليها، والذي يحرم من غير ميقاته يقطعون إذا دخلوا بيوت مكة).

أن النبي ﷺ اعتمر ثلاث عمر، فكان يقطع التلبية حين يطوف بالبيت ، ولأنه لم يشرع في التحلل أشبه إذا لم يدخل الحرم ، ولا شاهد البيت.

فصل : ويقطع التلبية في الحج عند رمي جمرة العقبة^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال مالك^(٢) : بعد الزوال يوم عرفة. دليلنا: قول الفضل بن العباس :«كنت ردف رسول الله ﷺ فكان يلبي حتى بلغ فرمى جمرة العقبة ثم قطع التلبية»^(٣)، ولأنه لم يشرع في التحلل أشبه ما قبل الزوال يوم عرفة.

٦٣٠ - مسألة : لا يكره الإحرام بالعمرة في جميع السنة^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال أبو حنيفة : يكره في خمسة أيام متتابعة أولها يوم عرفة. دليلنا: أنه وقت للإحرام بالحج، أو لطواف مفرد أشبه ما عدا الخمسة أيام.

٦٣١ - مسألة : يجوز تكرار العمرة في السنة دفعات، وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لمالك^(٧). دليلنا: أن النبي ﷺ «أمر عبد الرحمن بن أبي بكر أن يعمر عائشة من التنعيم»^(٨)، وكانت في تلك السنة قارئة، فقد حصل لها عمرتان، ولأنها عبادة لا تتوقت فهي كالصلاة، وعكسه الصيام والحج.

- (١) جاء في المستوعب: ٥٣٤/١: (والحاج يقطعها إذا ابتدأ رمي جمرة العقبة).
- (٢) انظر: المدونة: ٣٩٧/١، وبداية المجتهد: ٣٣٩/١.
- (٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٣٧/٥، وأحمد في مسنده: ٢١٣/١، وأبو يعلى في مسنده: ٩٦/١٢، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٧٨/١٨.
- (٤) جاء في الكافي: ٣٩١/١: (ويجوز الإحرام بها في جميع السنة، لأن النبي ﷺ قال: «عمرة في رمضان تعدل حجة»). متفق عليه.
- (٥) جاء في المذهب: ٣٦٧/١: (وأما العمرة فإنها تجوز في أشهر الحج وغيرها).
- (٦) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٩٢/١: (وأما وقت العمرة فالسنة كلها وقت لها، ولا تكره إلا في خمسة أيام: يوم عرفة، يوم النحر، أيام التشريق).
- (٧) جاء في بداية المجتهد: ٣٢٦/١: (وأما العمرة فإن العلماء اتفقوا على جوازها في كل أوقات السنة .. واختلفوا في تكريرها في السنة الواحدة مراراً، فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة، ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثاً في السنة الواحدة).
- (٨) أخرجه البخاري في صحيحه: ٦٣٢/٢، ومسلم في صحيحه: ٨٨٠/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٤٧٣/٢، وأحمد في المسند: ١٩٧/١.

٦٣٢ - مسألة: العمرة واجبة بأصل الشرع^(١)، وبه قال الشافعي في الجديد وداو، وقال أبو حنيفة ومالك^(٢) : هي سنة. دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر : «الحج والعمرة فريضتان واجبتان لا تبالي بأيهما بدأت»^(٣). وعن عائشة أنها قالت : «يارسول الله على النساء جهاد؟ فقال : جهاد لا قتال فيه : الحج والعمرة»^(٤)، ولأنها أحد نسكي القرآن، أو لأنه يمض في فاسدها أو يحرم الطيب أشبه الحج.

٦٣٢ - مسألة: الأفراد^(٥) أفضل من القرآن^(٦)، والتمتع^(٧) أفضل منهما^(٨)، وقال أبو حنيفة : القرآن أفضل^(٩)، وقال أكثرهم : الأفراد أفضل، فالدلالة على أبي حنيفة ما روى أنس وجابر أن النبي ﷺ : «أمر أصحابه بفسخ الحج إلى العمرة فقليل له أتامرنا بالفسخ ولا تفسخ؟ فقال : لو استقبلت من امرئ ما استدبرت ما سقت الهدى ولحللت كما حللت ولجعلتها عمرة، ولكني سقت الهدى»^(١٠).

- (١) جاء في المستوعب: ٥٠٦/١: (الحج والعمرة فريضتان واجبتان في العمر مرة واحدة على كل مسلم عاقل حر بالغ مستطيع)، والكافي: ٣٧٧/١.
- (٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٩١/١: (فأما العمرة فعندنا ليست بفريضة، وقال الشافعي: فريضة وهي الحجة الصغرى).
- (٣) أخرجه الحاكم في المستدرك: ٦٤٣/١، والدارقطني في السنن: ٢٨٤/٢.
- (٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٥٠/٤، وابن ماجه في السنن: ٩٦٨/٢، وأحمد في مسنده: ٧٥/٦، والدارقطني في السنن: ٢٨٤/٢.
- (٥) الأفراد: هو أن يحرم بالحج لا غير.
- (٦) القارن: هو أن يجمع بين الحج والعمرة فيحرم بهما ويقول: لبيك اللهم بحجة وعمرة..
- (٧) المتمتع: هو أن يأتي بالعمرة والحج في أشهر الحج.
- (٨) جاء في كشف القناع: ٤١٠/٢: (وأفضلها التمتع، لأنه آخر ما أمر به رسول الله ﷺ).
- (٩) جاء في تحفة الفقهاء: ٤٣/١: (ثم القرآن أفضل من الأفراد عندنا.. ثم التمتع.. ثم الأفراد. وقال الشافعي: الأفراد أفضل منهما جميعاً. وقال مالك: التمتع أفضل، ثم القرآن، ثم الأفراد). انظر: فتح القدير: ٥١٨/٢.
- (١٠) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢٦٤٢/٦، وأبو داود في السنن: ١٥٤/٢، وأحمد في مسنده: ٢٤٧/٦.

وروي: «ولكن لبدت رأسي وقلدت هدي فلا أحل حتى أنحر»^(١) فتأسف على عدم التمتع، ولأن أفراد أحد النسكين عن الآخر أفضل. دليله في حق المكي، وكما لو أحرم بأحدهما من بلده، ونخص الشافعي بأن دم التمتع نسك . بدلالة أن يجب بسبب نتيجة الإحرام في الأصل فيحصل المفرد والمتمتع قد تساويا في الأفعال ، وفضل أحدهما بدم هو نسك فكان أولى .

٦٣٤ - مسألة: الأفضل أن يؤخر المتمتع الإحرام إلى يوم التروية^(٢)، وقال الشافعي: إن كان معه هدي فيوم التروية بعد الزوال، وإن لم يكن فليلة السادس من ذي الحجة، والمكي يحرم إذا توجه. دليلنا: أن ما قبل هذا الزمان يطول ويكثر، فلا يأمن فيه واقعة المحذور، وما أدى إلى ذلك لا يستحب لأجل الغرور، ويفارق هذا يوم التروية، ولأنه يتشاغل بالأفعال فيمنعه واقعة المحذور، ولهذا لم يستحب الإحرام من بلده.

٦٣٥ - مسألة: يجوز فسخ الحج إلى العمرة^(٣) خلافاً لأكثرهم^(٤). دليلنا: ما روى جابر، وعائشة، وابن عباس، وأنس أن النبي ﷺ فسخ على أصحابه الحج إلى العمرة ، ولأنه فسخ عقد كان جائزاً في وقت النبي أشبه سائر الفسوخ ، ولأن أكثر ما فيه الانتقال من الحج إلى العمرة فهو كالفوات.

٦٣٦ - مسألة: يصح من المكي التمتع والقران^(٥)، وبه قال أكثرهم خلافاً

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٢/٥، وأحمد في مسنده: ٢٨٤/٦، وابن حبان في صحيحه: ٢٣٥/٩، والطبراني في المعجم الكبير: ٢١٤/٢٣.

(٢) جاء في المستوعب: ٥٢٦/١: (والأفضل للمتمتع أن يحرم بعد الزوال من يوم التروية وهو اليوم الثامن من ذي الحجة).

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة: ٣٩٣/١.

(٤) انظر: المدونة: ٤٠٠/١ وما بعدها.

(٥) جاء في المستوعب: ٥٢٧/١: (ويصح التمتع والقران من أهل مكة وغيرهم من حاضري المسجد الحرام من غير كراهة كما في حق غيرهم - إلا أنه لا دم عليهم بها). انظر: الكافي: ٤٠٠/١.

لأبي حنيفة. ^(١) دليلنا: أن من صح إفراده صح تمتعه وقرانه كغير المكي.

٦٣٧ - مسألة: المتمتع إذا سافر بين حجه وعمرته سافراً صحيحاً سقط عنه دم التمتع ^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا يسقط حتى يلم بأهله بين حجته وعمرته ^(٣)، وقال مالك: إن عاد إلى بلده أو مسافة بقدر مسافته سقط عنه، وقال الشافعي: لا حتى يعود إلى ميقاته. دليلنا: على الشافعي وأبي حنيفة ومالك: أنه جمع بين الحج والعمرة بسفرين صحيحين فسقط عنه الدم كما لو ألم بأهله، وكما لو عاد إلى ميقاته.

٦٣٨ - مسألة: إذا أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج ثم حج من سنته لم يلزمه دم المتعة ^(٤) خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي. دليلنا: أنه أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج، أشبه إذا طاف لها في غير أشهر الحج.

٦٣٩ - مسألة: لا يجوز ذبح هدي التمتع قبل يوم النحر، وبه قال أكثرهم ^(٥)، وقال الشافعي: إن ذبح قبل التحلل من العمرة لم يجزه، وبعد إحرامه بالحج

(١) جاء في فتح القدير: ١٠/٣: (وليس لأهل مكة تمتع ولا قران .. أي ليس يوجد لهم حتى لو أحرم مكي بعمرة أو بهما معاً، وطاف للعمرة في أشهر الحج، ثم حج من عامه لا يكون متمتعاً ولا مؤثراً).

(٢) قال ابن قدامة: (فإن خرج ثم رجع فليس بمتمتع، لأنه إذا سافر لزمه الإحرام من الميقات أو من حيث انتهى إليه). الكافي: ٣٩٧/١.

(٣) قال الكمال ابن الهمام: (ولو عاد المتمتع - أي الفاعل للعمرة - في أشهر الحج إلى أهله ثم رجوعه وحجه من عامة إن لم يسق الهدي بطل تمتعه باتفاق علمائنا، وإن كان ساق الهدي، فكذلك عند محمد. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا يبطل). انظر: فتح القدير: ١٥/٣.

(٤) جاء في المستوعب: ٥٢٧/١: (إن أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج كشهر رمضان ثم حل منها في أشهر الحج شوال أو غيره لم يكن متمتعاً، ولم يلزمه دم المتعة وإن وجدت فيه بقية شرائط التمتع، لأن العمرة عند إمامنا - رحمه الله - في الشهر الذي يهل فيه لا «في» الشهر الذي يحل منها فيه).

(٥) جاء في الكافي: ٣٩٧/١: (وفي وقت وجوبه روايتان؛ إحداهما: إذا أحرم بالحج .. والثانية: إذا وقف بعرفة، لأن الحج لا يحصل إلا به).

أجزأه، وفيما بينهما على قولين.^(١) دليلنا: أنه ليس بوقت لطواف الزيارة، أشبه قبل التحلل من العمرة.

٦٤٠ - مسألة: يجوز صيام الثلاثة أيام في حق المتمتع بعد الإحرام بالعمرة وقبل الإحرام بالحج^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: لا حتى يحرم بالحج.^(٣) دليلنا: أنه إحرام يتعلق به صحة التمتع، أشبه الإحرام بالحج.

٦٤١ - مسألة: إذا فات صيام الأيام الثلاثة التي يفعلها المتمتع في الحج، فإنه يقضيها^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يراجع الهدي، فإن كان موسراً أخرجه وإلا ثبتت ذمته إلى المسيرة. دليلنا: أنه أحد موجبي التمتع فوجب أن يقضي كالهدي، ولأنه صوم معلق بشرط، فلا يسقط بفوات شرطه كالصيام في حق المظاهر.

فصل: ويجب مع القضاء دم،^(٥) وقال مالك والشافعي: لا دم. وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنه صيام مؤقت يجب على وجه البذل فجاز أن يجب بتأخير جبران كقضاء رمضان ولا يلزم الظهار، ولأنه غير مؤقت، ولا يلزم صيام رمضان، لأنه أصل.

(١) قال الشيرازي: (وفي وقت جوازه قولان؛ أحدهما: لا يجوز قبل أن يحرم بالحج لأن الذبح قرينة تتعلق بالبدن فلا يجوز قبل وجوبها كالصوم والصلاة. والثاني: يجوز بعد الفراغ من العمرة، لأنه حق مال يجب بشيئين فجاز تقديمه على أحدهما كالزكاة بعد ملك النصاب). انظر: المذهب: ٣٧٠/١.

(٢) جاء في المستوعب: ٦٣٦/١: (يجوز صيام الثلاثة أيام عن دم المتعة والقران من حين الإحرام بالعمرة والقران، إلا أن المستحب أن يصومهما يوم السابع والثامن والتاسع من ذي الحجة).

(٣) جاء في المذهب: ٣٧٠/١: (فأما صوم ثلاثة أيام في الحج فلا يجوز قبل الإحرام بالحج، لأنه صوم واجب فلا يجوز قبل وجوبه كصوم رمضان).

(٤) جاء في المستوعب: ٦٣٦/١: (فإن لم يصمها قبل يوم النحر صامها قضاء).

(٥) جاء في المستوعب: ٦٣٦/١: (وهل يلزم دم لتأخيرها عن أيام الحج؟ في ذلك ثلاث روايات؛

أحدها: يجب به دم. والثانية: لا يجب به شيء. والثالثة: إن كان تأخير الهدي لعذر...

٦٤ - مسألة : ويصح صيام السبعة بعد الفراغ من الحج وقبل الرجوع إلى أهله^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي في أحد قوليهِ : حتى يرجع إلى أهله^(٢) دليلنا : قوله تعالى : ﴿ فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتُمْ ﴾^(٣)، وتقديره عن أفعال الحج، لأنه قد تقدم ذكره كقوله : ﴿ والحافظين فروجهم والحافظات ﴾^(٤)، ولأنه صيام يصح إذا رجع إلى أهله فصح، وإن لم يرجع كسائر الصيام.

٦٤ - مسألة : إذا وجد الهدي وهو في صيام الثلاثة لم يلزمه الانتقال إليه^(٥)، وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا : أنه وجد الهدي بعد شروع أشبه إذا وجده في صيام السبعة وهما سواء، لأن الجميع بدل عن الهدي، ألا ترى أنه شرط فيهما عدم الهدي، ولأنه صيام شرط فيه عدم حيوان، فكان بدلاً عنه كالثلاثة أيام وكصيام الكفارات.

٦٤ - مسألة : المتمتع إذا ساق الهدي لم يكن له التحلل بين الحج والعمرة^(٧)، وبه قال أبو حنيفة^(٨) خلافاً لأكثرهم^(٩) دليلنا : ما روى ابن عمر قال : كنا مع

(١) جاء في المستوعب : ٦٣٦/١ : (وسبعة إذا فرغ من الحج إن شاء قبل أن يأخذ في السر، وإن شاء في طريقه، أو في منزله، وسواء كان واجداً للهدي في بلده أو غير واجد).
(٢) جاء في المهذب : ٣٧٠/١ : (وأما صوم السبعة ففيه قولان : قال في حرملة : لا يجوز حتى يرجع إلى أهله ...).

(٣) سورة البقرة : الآية : ١٩٦.

(٤) سورة الأحزاب : الآية : ٣٥.

(٥) جاء في المستوعب : ٦٣٧/١ : (وإذا وجد الهدي بعد شروعه في الصوم عنه لم يلزمه الانتقال إليه إلا أن يشاء).

(٦) جاء في المهذب : ٣٧١/١ : (فإن دخل في الصوم ثم وجد الهدي فالأفضل أن يهدي ولا يلزمه).

(٧) جاء في الكافي : ٣٩٥/١ : (لأن من ساق هدياً، لا يجوز له التحلل حتى ينحر هديه لقوله تعالى : ﴿ ولا تحلقوا رءوسكم حتي يبلغ الهدي محله ﴾، فلا يتحلل بطواف ويتعين عليه إدخال الحج على العمرة، ويصير قارناً بخلاف غيره).

(٨) فتح القدير : ١٠/٣.

(٩) المهذب : ٣٧٠/١.

رسول الله ﷺ متمتعين فقال : « من كان منكم ساق الهدي فلا يتحلل »^(١)، ولأن التمتع أحد نوعي الجميع، فجاز أن يقف التحلل منه على يوم النحر كالقران.

٦٤٥ - مسألة: حاضروا المسجد الحرام من كان بينه وبين مكة مسافة لا تقصر فيها الصلاة، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال : من كان في الميقات أو دونه إلى مكة، وقال مالك^(٣) : من كان بمكة حسب، وفائدة الخلاف إسقاط دم التمتع. دليلنا: أنا اعتبرنا في الحاضر أحكام الحضر، لأننا جعلنا الحاضر من لا يثبت في حقه رخص السفر، والمخالف جعل البعيد قريباً والقريب بعيداً، لأنه يجعل من بذى الحليفة من حاضري المسجد الحرام، وبينه وبين المسجد مسافة عشرة أيام، ومن كان وراء يللم وذات عرق أنه ليس بحاضر وبينهما دون تلك المسافة، ونفرض الكلام فيمن كان ميقاته قريباً إلى مكة وهو دونه إلينا فنقول : ليس بينه وبين مكة مسافة تقصر فيها الصلاة فكان من حاضري المسجد كما كان بمكة.

٦٤٦ - مسألة: إذا جاوز الميقات مُحِلًّا ثم أحرم دونه لم يسقط عنه الدم بمعاودته بعد ذلك^(٤) إلى الميقات، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : إن عاد مليباً سقط عنه، وقال الشافعي : إن عاد قبل الطواف سقط. دليلنا: أنه ترفه لو استدأه لم يسقط عنه الدم، كذلك إذا قطعه كالطيب واللباس.

(١) أخرجه الإمام أحمد في المسند: ٧١/٣.

(٢) جاء في المذهب: ٣٦٩/١ : (حاضر المسجد الحرام: أهل الحرم ومن بينه وبينه مسافة لا تقصر فيها الصلاة، لأن الحاضر في اللغة هو القريب، ولا يكون قريباً إلا في مسافة لا تقصر فيها الصلاة). انظر: الكافي: ٣٩٦/١.

(٣) بداية المجتهد: ٣٢٥/١.

(٤) جاء في كشف القناع: ٤٠٤/٢ : (وإن رجع محرماً إلى الميقات لم يسقط الدم برجوعه، نص عليه، لأنه وجب لتركه إحرامه من ميقاته فلم يسقط).

٦٤- مسألة : المكي إذا أحرم بالحج من أدنى الحل، فلا دم عليه^(١)، وبه قال مالك، وقال أكثرهم : عليه دم إلا أن يعود فيدخل إلى مكة^(٢)، ولا يختلف في المعتمر أنه لا دم عليه . دليلنا : أنه أحرم من غير مكة أشبه إذا أحرم من بعض المواقيت.

٦٤- مسألة : إذا جاوز الميقات محلاً ثم أحرم دونه ، ثم أفسد تلك الحجة كان عليه دم، ولا يسقط عليه بقضاء الحج في العام المستقبل^(٣)، وقال أبو حنيفة : تسقط، وعن أحمد نحوه. دليلنا : أن كل دم لا يسقط عنه إذا لم يقض الحج لم يسقط ، وإن قضاه كسائر الدماء.

٦٤- مسألة : يستحب للمحرم أن يتطيب عند إحرامه وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لمالك في قوله يكره.^(٥) دليلنا : ما روي عن عائشة أنها قالت : «طيب رسول الله ﷺ بيدي هاتين لإحرامه حين أحرم، ولحله حين طاف»^(٦)، وفي لفظ آخر : «كان رسول الله ﷺ يتطيب عند إحرامه»^(٧)، وقالت : «كأني انظر إلى وبيص^(٨) المسك في مفرق رسول الله ﷺ عند طوافه وعند تلبيته»^(٩)، ولأنه مما يراد للاستدامة،

(١) جاء في كشف القناع : ٤٠٢/٢ : (ويجوز إحرامه من الحل كالعمرة كما لو خرج إلى الميقات الشرعي، ولا دم عليه لعدم الدليل على وجوبه).

(٢) قال الشيرازي : (فإن كان من أهل مكة فخرج لإحرام الحج إلى أدنى الحرم وأحرم، فإن رجع إلى مكة قبل أن يفت بعرفة لم يلزمه دم، وإن لم يرجع حتى وقف وجب عليه دم، لأنه ترك الإحرام من الميقات). انظر : المذهب : ٤٧٤/١.

(٣) جاء في كشف القناع : ٤٠٤/٢ : (وإن أفسد نسكه هذا الذي تجاوز فيه الميقات بلا إحرام لم يسقط دم المجاوزة).

(٤) جاء في الكافي : ٣٩١/١ : (يستحب أن يتطيب في بدنه ، ولا يتطيب في ثوبه).

(٥) بداية المجتهد : ٣٢٨/١.

(٦) أخرجه الحميدي في مسنده : ١٠٤/١ ، والشافعي في مسنده : ص ١٢٠.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه : ٣٩٦/٣ ، ومسلم في صحيحه : ٨٤٦/٢.

(٨) وبيص : بريق. انظر : النهاية في غريب الأثر : ١٤٦/٥.

(٩) أخرجه مسلم في صحيحه : ٨٤٨/٢ ، وأحمد في المسند : ١٠٩/٦ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٣٤/٥.

فإذا منع الإحرام ابتداء لم يمنع الاستدامة كالنكاح وعكسه اللباس.

٦٥٠ - مسألة: إذا أحرم بنسك وأنسيه فإنه يأتي أيهما أحب. وقال الشافعي في أحد قولي: يقرن بينهما، وفي الآخر: يتحرى أحدهما. دليلنا: أنه لو نذر نسكاً وأنسيه، لزمه أيهما أحب، كذلك هاهنا لعله أنه معنى يحصل به الوجوب.

٦٥١ - مسألة: لا يجوز للمحرمة لبس القفازين^(١)، وبه قال مالك^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣)، وأحد قولي الشافعي^(٤). دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى المحرمة أن تلبس القفازين والنقاب وما مسه الورس والزعفران»^(٥)، ولأنه عضو يلحقه حكم التيمم فلحقه حكم الإحرام في اللباس كالوجه.

٦٥٢ - مسألة: إذا عدم المحرم الإزار لبس السراويل، ولا دم عليه^(٦)، وبه قال الشافعي^(٧)، وقال أكثرهم: عليه الفدية. اختلف أصحاب أبي حنيفة^(٨) في جواز اللبس على مذهبين؛ أحدهما: لا يجوز، والآخر: يجوز، وهو مذهب المالكية^(٩).

(١) قال ابن قدامة: (لا تنتقب المرأة ولا تلبس القفازين، لأن إحرام المرأة في وجهها). انظر: الكافي: ٤٠٥/١.

(٢) المدونة: ٤٦٠/١.

(٣) فتح القدير: ٤٤٠/٢.

(٤) قال الشيرازي: (وهل يجوز لها لبس القفازين؟ فيه قولان: أحدهما: أنه لا يجوز، لأنه عضو يجوز لها ستره بالمخيط كالرجل. والثاني: لا يجوز للخبر، ولأنه عضو ليس بعورة فتعلق به حرمة الإحرام). انظر: المذهب: ٣٨١/١.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه: ١٥/٣، والنسائي في سننه: ١٣١/٥، وأبو داود في السنن: ١٦٥/٢، والترمذي: ١٩٤/٣.

(٦) جاء في المستوعب: ٥٣٦/١: (وله أن يلبس السراويل مع عدم الإزار من غير فتق).

(٧) جاء في المذهب: ٣٨١/١: (وإن لم يجد إزاراً جاز أن يلبس السراويل، ولا فدية عليه).

(٨) انظر: فتح القدير: ٤٤٠/٢ وما بعدها.

(٩) عند المالكية قولان: قول: بجواز لبس السراويل إذا عدم الإزار ويفتدي. وقول: لا يجوز ولو عدم الإزار وهو المعتمد. انظر: التاج والإكليل: ١٤٣/٣ ونص على المعتمد الدسوقي في حاشيته: ٥٦/٢-٥٧.

دليلنا: قوله ﷺ في المحرم : «إذا لم يجد الإزار لبس السراويل، وإذا لم يجد النعل لبس الخفين»^(١)، وإطلاق الإذن يقتضي الإباحة من غير تحريم، وإسقاط الفدية إذ لو كانت واجبة لبينها، ولأنه لباس أباحه الشرع نطقاً فأشبهه الإزار والنعلين ولا يلزم اللباس للحر والبرد ، لأنه لم ينطق به الشرع.

٦٥٢ - مسألة: إذا عدم المحرم النعلين لبس الخفين، ولا فدية عليه^(٢)، وقال أكثرهم : لا يجوز حتى يقطعه أسفل الكعبين.^(٣) دليلنا: ما تقدم من الحديث والقياس، ويكون أصله على الشافعي إذا عدم الإزار.

٦٥٤ - مسألة: إذا أدخل المحرم كتفيه في القباء كان عليه فدية^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة، والخرقي من أصحابنا. دليلنا: أنه لباس معتاد ويزيد به في حق الخراسانية ، فهو كما لو أدخل يديه في كميته.

٦٥٥ - مسألة: لا يجب على الرجل كشف وجهه^(٥) في الإحرام^(٦)، وبه قال الشافعي^(٧) خلافاً لأكثرهم، وعن أحمد نحوه. دليلنا: قوله ﷺ في المحرم الذي

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ١٣٧/٢، وأحمد في المسند: ٢١٥/١، والنسائي في سننه: ١٣١/٥.

(٢) جاء في المستوعب: ٥٣٦/١: (ويلبس الخفين مع عدم النعلين من غير قطع ولا فدية عليه في شيء من ذلك).

(٣) الهداية: ١٤١/٢، والشرح الكبير: ٥٦/٢، وشرح المحلى: ١٣١/٢، والمجموع شرح المذهب: ٢٥٤/٧، ٢٦٢، ٢٦٧.

(٤) جاء في الكافي: ٤٠٤/١: (فأما القباء ونحوه، فقال الخرقي: يطرحه على كتفيه، ولا يدخل يديه في كميته، لأنه لا يحيط ببدنه، أشبه الاستباح بالقميص، وقال القاضي: عليه الفدية، لأنه لبس المخيط على العادة في لبسه فلزمه الفدية، كما لو أدخل يديه في كميته).

(٥) يقصد الحاج المتوفي.

(٦) جاء في الكافي: ٤٠٦/١: (ولا يمنع من تغطية وجهه لأن عثمان وسعداً وعبدالرحمن بن عوف وزيد بن ثابت أجازوه، وعنه: يمنع منه لأنه في بعض لفظ حديث ابن عباس في الميت المحرم «ولا تخمروا وجهه ولا رأسه»).

(٧) قال الشيرازي: (ولا يحرم عليه ستر الوجه، لقوله ﷺ: «ولا تخمروا رأسه»، فخص الرأس بالنهي). انظر: المذهب: ٣٨١/١.

وقصت به ناقته في أخاقيق جردان^(١) : «اغسلوه بماء وسدر وكفونوه في ثوبيه ولا تقربوه طيباً ولا تخمروا رأسه»^(٢)، فخص الرأس بذلك، وفي لفظ آخر من حديث سفيان ابن عيينة : «وخروا وجهه»^(٣)، ولأن ما وجب كشفه في أحد الجنسين لم يجب في الآخر كالرأس.

٦٥٦ - مسألة : إذا ظلل المحرم عليه المحمل فعليه الفدية، وبه قال مالك خلافاً لأحدى الروایتين، ولاكثرهم.^(٤) ولا تختلف الرواية أنه ممنوع من ذلك، وإنما يتبين فائدة الروایتين في الفدية. دليلنا: أن النبي ﷺ دخل هو وأصحابه إلى مكة مضحين، وإذا ثبت هذا دخل تحت قوله : «خنوا عني مناسككم»^(٥)، ولأنه ستر نفسه بما يقصد به الترفه في بدنه غالباً، فهو كما لو تعمم، ولا يلزم الخيمة والبيت، لأنه يقصد به جمع الرجل.

٦٥٧ - مسألة : إذا تطيب أو لبس ناسياً فعليه الفدية ، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحدى الروایتين^(٦)، وللشافعي: إنه محذور في الإحرام^(٧)، فاستوى عمده

(١) أخاقيق جردان: قال الجوهري : «هي شقوق في الأرض».

انظر: الصحاح: ١٤٧٠/٤ مادة (حقق)، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: ٥٧/٢، ولسان العرب: ٨٤/١٠.

(٢) أخرجه البخاري: ٢٧/٣، ومسلم في صحيحه: ٢٣/٤، وأبو داود في سننه: ٢١٩/٣، والترمذي في سننه: ٢٨٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٥٣/٥.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٥٤/٥.

(٤) جاء في الكافي: ٤٠٦/١ (وفي تظليل المحمل روايتان: إحداهما: ليس له أن يتظلل به، لأن ابن عمر قال: أضح لمن أحرمت له، أي أبرز للشمس، ولأنه ستر رأسه مما يقصد به الترفه، أشبه تغطيته، وتلزمه الفدية.. والثانية: له أن يتظلل، لأنه ليس بمباشر للرأس أشبه الخيمة). وجاء في فتح القدير: ٤٤٤/٢: (ولا بأس أن يستظل بالبيت والمحمل، وقال مالك -رحمه الله-: يكره أن يستظل، وبه قال أحمد.. وبقولنا قال الشافعي). انظر: المذهب: ٣٨٠/١.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده: ٣٧٨/٣.

(٦) قال ابن قدامة: (وإن تطيب أو لبس ناسياً أو جاهلاً فلا فدية عليه. وعنه عليه الفدية، لأنه فعل حرمه الإحرام فاستوى عمده وسهوه كالحلق، والأول المذهب). انظر الكافي: ٤١٥/١.

(٧) جاء في المذهب: ٣٨٩/٣: (وإن لبس أو تطيب أو دهن رأسه أو لحيته جاهلاً بالتحريم أو ناسياً للإحرام لم تلزمه الفدية).

وخطأه كقتل الصيد وتقليم الأظفار والحلاق، ولأنه لما كانت مأمورات الإحرام يستوي فيها العمد والسهو، وكذلك منهياته.

٦٥- مسألة: إذا طيب بعض عضو أو لبس بعض يوم فعليه الفدية، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة^(٢): عليه صدقة، وقال مالك: إن نزعه في الحال فلا شيء^(٣) عليه، فيعتبر أن يحصل له انتفاع به. دليلنا: أنه استمتع بوجوب الفدية، فتعلقت بما يقع عليه الاسم كالوطء.

٦٥- مسألة: إذا أدهن بالشيرق أو الزيت فلا فدية عليه^(٤)، خلافاً لإحدى الروايتين، وهي اختيار الخرقي، ولأبي حنيفة، وقال الشافعي^(٥): لا فدية فيما عدا الوجه والرأس. دليلنا: ما روى عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ «أدهن بدهن غير مقتت في إحرامه»^(٦)، ولأنه دهن غير مطيب أشبه البزار والسمن، وإذا طيب ما عدا الوجه والرأس على الشافعي.

- (١) المذهب: ٣٩٢/١، الوجيز: ١٢٤/١، والأم: ١٤٧/٢، والمجموع: ٢٥٣/٧.
- (٢) جاء في بدائع الصنائع: ١٢٣٢/٣: (لا دم عليه حتى يلبس يوماً كاملاً). انظر: المبسوط: ١٢٢/٤، ومختصر الطحاوي: ص ٦٨. وجاء في تحفة الفقهاء: ٤١٨/١: (إذا لبس المخيط فإن كان يوماً كاملاً فعليه الفدية، وإن كان في بعض اليوم فصدقة).
- (٣) جاء في المدونة: ٤٦٣/١: (قلت: أرأيت لو أن محرماً غطى وجهه أو رأسه ما قول مالك؟ قال: قال مالك: إن نزعه مكانه فلا شيء عليه، وإن تركه لم ينزعه مكانه حتى انتفع بذلك افتدى).
- (٤) جاء في كشف القناع: ٤٣٠/٢: (ولا فدية بإدهانه بدهن مطيب كزيت وشيرج وسمن حتى في رأسه، لأن النبي ﷺ فعله). رواه أحمد والترمذي وغيرهما من حديث ابن عمر مرفوعاً، ورواه البخاري عن ابن عباس.
- (٥) جاء في المذهب: ٣٨٤/١: (وأما غير المطيب كالزيت والسيرج فإنه يجوز استعماله في الرأس واللحية...).
- (٦) أخرجه أحمد في مسنده: ١٢٦/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٥٨/٥ إلا أنه قال: (أدهن بزيت غير مقتت).

٦٦٠ - مسألة: يجوز للمحرم لبس المعصفر^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: ما تقدم من حديث ابن عمرو، ولأن ما جاز لبسه إذا لم يؤثر على البدن جاز، وإن أثر كالأكحل والأسود.

٦٦١ - مسألة: يجوز للمحرم أن يخضب رأسه ولحيته بالحناء^(٣)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما روي عن عائشة أنها قالت: «كن أزواج النبي يخضبن بالحناء في الإحرام»^(٤)، ومثل هذا لا يخفى على النبي ﷺ فيجعل مسنداً، ولأنه يقصد لونه دون ريحه أشبه الوشمة والنيل والسواد.

٦٦٢ - مسألة: وإذا تبخر المحرم بالطيب فعليه الفدية^(٥)، وبه قال الشافعي^(٦)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه تطيب طيباً معتاداً أشبه إذا ذلك عارضيه بالكافور والغالية والمسك، ولأن الاعتبار بالرائحة دون الجسم، ولهذا لو تطيب بماء الورد الذي لا رائحة له جاز ولا فدية، فعلم أن الاعتبار بالرائحة.

٦٦٣ - مسألة: يجوز للمحرم شم الرياح وبه قال أبو حنيفة. وفيه رواية أخرى: لا يجوز بحال^(٧)، وقال الشافعي: ما يتخذ منه الطيب لا يجوز قولاً واحداً، وما

(١) جاء في المستوعب: ٥٣٨/١: (ولا بأس بلبسه للمعصفر والكحلى وسائر الألوان التي لا طيب فيها ولا فدية عليه سواء كان ينفض عليه أو لا ينفض). انظر: الكافي: ٤٠٨/١.

(٢) جاء في المذهب: ٣٨٢/١: (وليلبس بعد ذلك ما أختير من ألوان الثياب من معصفر أو خز).

(٣) جاء في المستوعب: ٥٣٩/١: (وله أن يختضب بالحناء ما لم يغط شيء مما يلزم كشفه ولا شيء عليه).

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ١٠٥/١١.

(٥) جاء في الكافي: ٤٠٨/١: (وإن تعمد شم الطيب مثل أن دخل الكعبة وهي تجمر، أو حمل مسكاً ليشم رائحته، أو جلس عند العطار لذلك فعليه الفدية، لأنه شمه قاصداً له). وجاء في كشف القناع: ٤٢٩/٢: (ويحرم على المحرم شم كافور ومسك وعنبر وتبخر بعود ونحوه كعنبر، لأنها هكذا تستعمل).

(٦) المذهب: ٣٨٢/١.

(٧) جاء في الكافي: ٤٠٧/١: (وفي الرياحن الفارسي روايتان؛ إحداهما: ليس بطيب، لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال في المحرم: (يدخل البستان ويشم الرياحن..)، ولأنه إذا يمس ذهبت رائحته أشبه نبت البرية. والثانية: هو طيب، لأنه يتخذ للطيب أشبه الورد، وفي سائر النبات الطيب الرائحة).

لا يتخذ منه الطيب على قولين.^(١) دليلنا: ما روى عثمان ابن عفان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في المحرم: «يشم الرياحان ويدخل البستان»^(٢)، ولأنه ليس بطيب أشبه الفواكه.

٦٦٤ - مسألة: إذا حلق المحرم ثلاث شعرات ففيه الفدية، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: في أربع شعرات الفدية، وهي اختيار الخرقى^(٣)، وقال أبو حنيفة في حلاق ربع الرأس فدية^(٤)، وقال مالك: ما يحصل بحلاقة ترفه في العبادة وجه الأولى إنه محرم أخذ من شعره ما يقع عليه اسم الجمع المطلق لم يلج الشعر إليه أشبه الربع فصاعداً، وما يحصل به إمطة الأذى في العادة.

فصل: وإن حلق دون ثلاث شعرات ففي كل شعرة مد من طعام.^(٥) وروي: كفاً من طعام، ويتخرج درهم قياساً على ترك ليلة من ليالي منى، وعن الشافعي أقاويل مد ودرهم وثلاث دم، فالدلالة على إسقاط بعض دم أن هذا تبعيض للحيوان فيقضي إلى سبق المشاركة واختلاف الأيدي، وهذا لا يجوز، كما لا تجب الزكاة في الوقص، والدلالة على إسقاط الدرهم وإيجاب الإطعام أنه لما لم يكن للدرهم مدخل في جزاء الصيد الذي لا مثل له، وللإطعام فيه مدخل، كذلك هاهنا، لأنهما يتشابهان.

(١) انظر: المهذب: ٣٨٣/١.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٥٧/٥ عن ابن عباس.

(٣) جاء في الممتع: ٣٤٤/٢: (وأما مقدار ما يجب به الفدية ففيه روايتان أحدهما: إذا حلق ثلاث شعرات. لأنه شعر آدمي يقع عليه اسم الجمع المطلق فجاز أن تتعلق به الفدية كالكل والربع عند أبي حنيفة. والثانية: لا تجب إلا بأربع، لأن الثالث آخر أجزاء القلة).

(٤) جاء في الهداية: ٣١/٣: (وإذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته فصاعداً فعليه دم، فإن كان أقل من الربع فعليه صدقة، وقال مالك: لا يجب إلا بخلق الكل).

(٥) جاء في الممتع: ٣٤٤/٢: (وأما ما يجب فيما دون ذلك ففيه ثلاث روايات؛ إحداها: يجب في كل واحدة مد من طعام، لأن ذلك أقل ما يجب في فدية رمضان، ونحو ذلك، فكان واجباً في أقل الشعر. والثانية: قبضة من ذلك. والثالثة: درهم).

فصل: وتجب الفدية في شعر البدن كالرأس سواء، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال داود: لا فدية في شعر البدن. دليلنا: أن الله تعالى أوجب ذلك في الرأس فنبه على البدن، ولأن الترفه فيهما جميعاً، فهو في تركه على الرأس أكثر مشقة، فإذا أوجب فيما تدعو الحاجة إلى خلافه فأولى أن يوجبها في غيره، وأيضاً فإنه محظور في الإحرام، فاستوى فيه جميع البدن كالمخيط والطيب واللباس.

٦٦٥ - مسألة: لا يجزئ في التحلل حلاق بعض الرأس^(٢)، وبه قال مالك^(٣). وقال أكثرهم: يجزئ ما يجزئ في مسح الطهارة. دليلنا: أن النبي ﷺ أعطى شقه الأيمن للحلاق، ثم أعطاه الأيسر، ثم قال: «خذوا عني مناسككم»^(٤)، ولأنه نسك يتعلق بالرأس، فاعتبر فيه الاستيعاب كالكشف.

٦٦٦ - مسألة: المحصر إذا ذبح فعليه أن يحلق^(٥)، وبه قال الشافعي^(٦) هذه المسألة والتي قبلها تجيء من الشافعي على قوله: أن الحلاق نسك، وعن أحمد رواية أخرى: لا حلاق عليه، وبه قال أبو حنيفة، وهي اختيار الخرقى وجه الأولى: قوله ﷺ لأصحابه: «قوموا فاذبحوا ثم احلقوا»، ولأن الدم في حقه كالعمرة في حق من فاته الحج، ثم هناك يلزمه الحلاق، وكذلك هاهنا.

(١) الكافي: ٤٠٢/١. وجاء في المستوعب: ٥٥٦/١: (ومن شعر بدنه كذلك، فعنه: أنه يلزمه دمان).

(٢) جاء في الممتع: ٤٥٦/٢: (وأما مقدار ما يقصر ففيه روايتان؛ أحدهما: يجب التقصير من جميعه لقوله تعالى: ﴿مَحْلِقِينَ رُؤُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ﴾، ولأن النبي ﷺ حلق جميع رأسه، والتقصير بدل منه، وقد أمرنا بالتأس. والثانية: يجزئ بعضه قياساً على المسح).

(٣) جاء في المدونة: ٤٣٣/١: (وكذلك لو أن رجلاً قصر من بعض شعره وأبقى بعضه أجزئه في قول مالك؟ قال: لا).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: ٩٤٧/٢، وأبو داود في سننه: ٤٥٧/١. أما حديث «خذوا عني مناسككم» فسبق تخريجه في المسألة رقم (٦٥٦).

(٥) جاء في المستوعب: ٦١٧/١: (وهل عليه أن يحلق أو يقصر بعد نحره؟ على روايتين .. انظر: الكافي: ٤٦٢/١).

(٦) المجموع شرح المذهب: ٢٤٣/٨، وشرح المنهاج للمحلى: ١٤٨/٢.

٦٦٧- مسألة : المتمتع والقارن إذا قدما الحلاق على الذبح أو على الرمي، فلا دم عليهما لأجل ذلك، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة : عليهما دم^(٢)، وعن أحمد رواية أخرى : يجب في حق العامد خاصة، وهي اختيار أبي بكر. دليلنا: ما روى عمرو بن العاص «أن النبي ﷺ كان راكباً على ناقته فأتاه رجل فقال : يا رسول الله إني ظننت أن الحلاق قبل الذبح فحطت فقال له : اذبح ولا حرج. وأتاه آخر فقال : ظننت أن الحلاق قبل الرمي. فقال : ارم ولا حرج^(٣)، ولم يذكر الدم في وقت الحاجة إلى البيان، ولأنه دم لا يجوز أن يتقدم على الحلاق، فجاز أن يتأخر عنه كسائر الدماء كجزاء الصيد وفدية الأذى، ولأنها حالة يجوز للمفرد أن يحلق فيها، كذلك القارن والمتمتع، دليله ما بعد الذبح.

٦٦٨- مسألة : إذا أخر الحلاق عن أيام التشريق، فلا دم عليه^(٤)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة، ولاحدى الروایتين.^(٥) دليلنا: أنه نسك أخره إلى وقت جواز فعله، أشبه السعي، ولا يلزم صيام الثلاثة أيام في حق المتمتع، لأننا قلنا نسك، وذلك يدل عنه من جهة الفقه فهم لا يلزم، لأنه كما كان بدلاً صار كقضاء رمضان، وهذا أصل فهو كصيام رمضان إذا أخره.

(١) جاء في كشف القناع: ٥٠٣/٢: (وإن قدم الحلق على الرمي أو النحر، أو طاف للزيارة قبل رميه، أو نحو قبل رميه جاهلاً أو ناسياً فلا شيء عليه، وكذا لو كان عالماً). وجاء في المهذب: ٤١٦/١: (فإن حلق قبل الذبح جاز).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٤٠٨/١: (وإن كان قارناً أو متمتعاً فعليه الذبح، فينبغي أن يذبح أولاً ثم يحلق أو يقصر)، ثم جاء في شرح فتح القدير: ٦٢/٣ وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي، والحلق قبل الذبح.. لهما لا شيء، وله حديث ابن مسعود: (من قدم نسكاً على نسك فعليه الدم).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، أنظر: فتح الباري: ٥٦٩/٣، ومسلم في صحيحه: ٩٤٨/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٤٤٨/١: (وإن أخر الحلاق إلى آخر أيام التشريق جاز، لأن تأخير النحر جائز وهو مقدم على الحلق، والحلق أولى، وإن أخره ففيه روايتان: أحدهما: عليه دم، لأنه ترك النسك في وقته. والثانية: لا شيء عليه سوى فعله).

(٥) فتح القدير: ٦١/٣، والأصل: ٤٣١/٢.

٦٦٩ - مسألة : المحرم إذا حلق رأس حلال فلا شيء عليه^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : عليه صدقة^(٢). دليلنا : أنه شعر لو حلقه الحلال لم يلزمه شيء، كذلك المحرم كشعر بهيمة الأنعام، وعكسه شعر المحرم والصيد، ولأنه يراد للترفيه، فإذا فعله المحرم في المحل لا يلزمه شيء كالطيب واللباس، فإن حلق حلال رأس محرم مكرهاً له فالفدية على الحلال خاصة، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : على المحرم، وعن الشافعي كالمذهبين. دليلنا : قوله ﷺ : «عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(٣)، ولأنه زال بغير اختياره أشبه إذا تمعط بمرض.

٦٧٠ - مسألة : الحلاق نسك يثاب على فعله، ويعاقب على تركه، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال الشافعي في إحدى قولة : هو إطلاق من محذور^(٥). دليلنا : قوله ﷺ : «اللهم اغفر للمحلقين. قالوا والمقصرين؟ فقال في الرابعة : والمقصرين»^(٦)، وهذا يدل على تخصيصه بثواب، ولأنها عبادة لها تحليل وتحريم، فكان من محظوراتها نسك كالصلاة.

(١) قال ابن أبي موسى (ولا بأس أن يحلق المحرم رأس حلال، ويقلم أظفاره، ولا فدية عليه، فإن حلق الحلال رأس المحرم، أو قلم أظفاره بإذنه، فالفدية على المحرم في ماله، وإن فعل ذلك الحلال بالمحرم وهو نائم، أو أكرهه عليه، فعلى وجهين : أحدهما : الفدية على الحلال دون المحرم، والوجه الآخر : الفدية على المحرم، ويرجع بها على الحلال). انظر : الإرشاد : ١٦٢. (٢) انظر : الأصل : ٤٣٢/٢، والمدونة : ٤٤٠/١ حيث جاء فيها : (قال مالك : ولا يحلق المحرم رأس الحلال، قلت : فإن فعل هل عليه في قول مالك لذلك شيء أم لا؟ قال مالك : يفتدي، قال ابن القاسم : وأما أنا فأرى أن يتصدق بشيء من طعام).

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن : ٦٥٩/١.

(٤) جاء في الممتع : ٤٥٨/٢ : (والحلق والتقصير نسك على الصحيح في المذهب لقوله تعالى : ﴿لَتَدْخُلَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمَنِينَ مُحَلِّقِينَ رُؤُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ﴾، ولأن النبي ﷺ أمر به بقوله : «وليقصر وليحلل».

(٥) جاء في المذهب : ٤١٦/١ : (والحلاق نسك أو استباحة محذور، فيه قولان : أحدهما : أنه ليس بنسك، لأنه محرم في الإحرام فلم يكن نسكاً كالطيب. والثاني : أنه نسك وهو الصحيح لقوله ﷺ : «رحم الله المحلقين».

(٦) أخرجه أحمد في المسند : ٣٩٣/٦، والطبراني في المعجم الكبير : ١٥/٤.

٦٧١ - مسألة: الأصلع ومن لا شعر له يستحب له إمرار الموصى على رأسه^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة: بل يجب ذلك. دليلنا: أن قوله تعالى: «محلقين رؤسكم»^(٣)، تقديره بشعور رؤسكم، ولهذا لو لم يكن شعر، لم يلزم فدية، وإذا كان كذلك فهذا معدوم هاهنا، ولأن الطهارة تسقط بذهاب أعضائها كذلك هاهنا.

٦٧٢ - مسألة: إذا حلق لغير عذر فالفدية على الترتيب^(٤)، وبه قال أبو حنيفة^(٥)، وقال الشافعي: هي على التخيير كالمعذور^(٦). دليلنا: أن الله ذكر التخيير عند الأذى والصفة في الحكم علة، وقد عدت العلة فيجب أن يزول التخيير، ولأنها كفارة وجبت لمحذور يخص الإحرام، فكانت على الترتيب كمجاوزة الميقات محلاً ولا يلزم جزاء الصيد، لأنه لا يختص الإحرام.

٦٧٣ - مسألة: إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي والسدر فلا فدية^(٧) عليه، وبه قال الشافعي خلافاً لأحد الروايتين ولأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ في المحرم: «اغسلوه بماء وسدر»^(٨)، ولأنه يراد لإزالة الدرن والوسخ أشبه الماء القراح.

(١) جاء في الكافي: ٤٤٧/١: (ومن لا شعر له فلا شيء عليه، لأنها عبادة تتعلق بمحل فسقطت بذهابه كغسل اليد في الوضوء، ويستحب أن يمر الموصى على رأسه). راجع المدونة: ٤٤٠/١.

(٢) جاء في المذهب: ٤١٦/١: (وإن كان أصلع فالمستحب أن يمر الموصى على رأسه).

(٣) سورة الفتح: الآية رقم: ٢٧.

(٤) جاء في الممتع: ٣٧٩/٢: (وأما مع عدم العذر ففيه روايتان: أحدهما: هي على التخيير لقول الرسول ﷺ لكعب بن عجرة: «احلق رأسك وصم ثلاثة أيام، أو اطعم ستة مساكين، أو انسك شاة» متفق عليه. والثانية: هي على الترتيب، لأن النبي ﷺ خيره مع العذر، فإن زال العذر زال التخيير).

(٥) حاشية الدر المختار: ٢٧٤/٢-٢٧٥.

(٦) المجموع: ٣٧١/٧، ونهاية المحتاج: ٤٥٢/٢.

(٧) جاء في المستوعب: ٥٤١/١: (فإن غسل رأسه بالسدر والخطمي كره له. وهل تلزمه الفدية؟ على روايتين.. انظر: الكافي: ٤١٣/١).

(٨) سبق تخريجه في المسألة رقم (٦٥٥).

٦٧٤ - مسألة: تجب الفدية بتقليم ثلاثة أظافر فصاعداً^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٢): في خمسة فصاعداً الفدية، فشرط أن يكون من يد واحدة وماعدا ذلك فصدقة. دليلنا: أنه محرم أخذ من أظافيره ما يقع عليه اسم الجمع المطلق ولم يلحقه الظفر إليه أشبه خمسة أظافر من يد واحدة، ولأن ما ذهب إليه يوجب في القليل وسقط في الكثير، لأنهم يقولون ستة عشر ظفراً من جميع بدنه لا فدية فيه، وخمسة من يد واحدة فيه فدية.

٦٧٥ - مسألة: إذا كرر المحظور في الإحرام فعليه كفارة واحدة^(٣) ما لم يكفر، فإن كفر فكفارة ثانية^(٤)، وفيه رواية أخرى: إن كان أسبابها مختلفة فكفارات مثل أن يلبس في أول النهار من برد، وفي وسطه من حر، وفي آخره من مرض. وقال أبو حنيفة^(٥): في مجلس كفارة، وفي مجلس كفارات، وقال مالك: في الوطء كفارة^(٦)، وفي بقية المحظورات كفارات. وعن الشافعي كالرواية الأولى لنا، وعنه لا يتداخل بحال وعليه يتناظرون. دليلنا: على أبي حنيفة: أن

- (١) جاء في المستوعب: ٥٥٥/١: (فمضى حلق ثلاث شعرات فصاعداً، أو قلم ثلاثة أظفار فصاعداً لزمه دم).
- (٢) جاء في بداية المجتهد: ٢٦٧/١: (واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره. فقال الشافعي وأبو ثور: إن أخذ ظفراً واحداً أطعم مسكيناً واحداً، وإن أخذ ظفرين أطعم مسكينين، وإن أخذ ثلاثاً فعليه دم، وقال أبو حنيفة: لا شيء عليه حتى يقصها جميعاً).
- (٣) جاء في المستوعب: ٥٥٦/١: (فإن كرر جنساً واحداً من المحظورات مثل: إن حلق ثم حلق .. فكفارة واحدة ما لم يكفر عن الأول قبل فعل الثاني).
- (٤) جاء في الروض المربع: ص ٢١٦: (ومن كرر محظوراً من جنس واحد بأن حلق أو قلم أو لبس مخيطاً أو تطيب أو وطء، ثم أعاده ولم يغد لما سبق فدى مرة، سواء فعله متتابعاً أو متفرقاً، لأن الله تعالى أوجب في حلق الرأس فدية واحدة، ولم يفرق بين ما وقع في دفعة أو دفعات، وإن كفر عن السابق ثم أعاد لزمته الفدية ثانياً بخلاف الصيد ففيه بعده).
- (٥) جاء في فتح القدير: ٣٧/٣: (وإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم، لأنه من المحظورات ولا يزداد إن حصل في مجلس واحد، لأن الجنابة من نوع واحد، فإن كان في مجالس فكذلك عند محمد أي دم واحد، لأن مبنى هذه الكفارة على التداخل .. وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه أربعة دماء).
- (٦) حاشية الشرح الكبير: ٦٨/٢.

هذا شيئاً لو فعلها في مجلس تداخلت كذلك في مجالس كالأحداث والحدود وعكسه قتل الصيد، ولا يلزم إذا تحليلها تكفير، لأنه يستوي فيه المجلس والمجالس، ونخص الشافعي بقوله ﷺ : «الحدود كفارات لأهلها»، ثم الحدود تتداخل كذلك الكفارات .

٦٧٦ - مسألة: إذا حلق شعر رأسه وبدنه ففديتان^(١)، وقال أكثرهم : فدية. دليلنا: أنها في حكم الجنسين، لأنه يتعلق بأحدهما النسك دون الآخر، فصار كشعر الآدمي مع الصيد وكالطيب مع اللباس لا يتداخل موجبها .

٦٧٧ - مسألة: إذا فعل محظورات الإحرام على طريق الرفض لإحرامه فعليه لكل محذور كفارة^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : كفارة واحدة، وقال مالك : في الوطاء كفارات، وفي بقية المحظورات كفارة. دليلنا: إنها محظورات من أجناس فلا يتداخل موجبها، كما لو لم يفعلها على طريق الرفض لإحرامه وهما سواء، لأن الإحرام لا يرتفع بهذا الرفض.

٦٧٨ - مسألة: لا يعقد المحرم نكاحاً لنفسه ولا لغيره، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: ما روى عثمان بن عفان أن النبي ﷺ أنه قال: « لا يَنْكِحُ المحرم ولا يَنْكِحُ ولا يَخْطُبُ »^(٥)، ولأنه مروى عن عمر، وعلي، وابن عمر، وزيد ابن ثابت، ولأنه سبب يثبت تحريم المصاهرة، فهو كالوطء، ولا يلزم الرضاع،

(١) الكافي: ٤٠٣/١ .

(٢) جاء في المستوعب: ٥٥٠/١ : (ومن رفض الإحرام والخروج منه ووطء في الفرج وفعل جميع محظورات الإحرام لم يخرج منه ولزمه لكل محذور فعله كفارته).

(٣) جاء في الكافي: ٤٠٣/١ : (لا يجوز للمحرم أن يعقد لنفسه ولا لغيره، ولا يجوز عقده لمحرم وعلى محرمة)، وانظر الكافي لابن عبد البر : ص ١٥٤، والموطأ: ٣٤٩/١ .

(٤) ذهب الأحناف إلى أن المحرم يحق له التزوج لقول عائشة : «تزوج رسول الله ﷺ بعض نسائه وهو محرم». انظر: المختصر : ص ٦٨

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه: ١٠٣١/٢، والدارقطني في السنن: ٢٦١/٣، وابن ماجه في سننه: ٦٣٢/١، وأحمد في مسنده: ٥٧/١ .

لأنه يثبت تحريم مناسبة، ألا تراه يثبت أموه وأبوة ولا يمنع الوطء، ودواعيه أشبه العدة.

فصل: ويمنع الإرتجاع خلافاً لأحد الروایتين ولأكثرهم.^(١) دليلنا: أنه من دواعي الجماع أشبه القبلة واللمس.

٦٧٩ - **مسألة:** إذا أحرم بالحج من مكة لم يطف للقدوم حتى يرجع من عرفات ومنى^(٢)، وبه قال مالك^(٣)، وقال الشافعي: يطوف حين يحرم، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن ذلك محكياً عن ابن عمر وابن عباس ولا يعرف لهما مخالف في الصحابة، فأما ابن عمر ففعله، وأما ابن عباس فقال له قولاً، ولأنه إحرام فيه طواف فكان عقيب القدوم من حل كالإحرام بالعمرة.

٦٨٠ - **مسألة:** من السنة استلام الركن اليماني، والاستلام للمس، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة.^(٥) دليلنا: ما روى نافع عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ كان يستلم اليماني والذي فيه الحجر الأسود ولا يستلم الركنين الآخرين»^(٦)، وروى ابن عباس وجابر نحوه، ولأنه ركن مقر على قواعد إبراهيم أشبه الذي فيه الحجر الأسود عكسه الآخرين.

(١) جاء في المستوعب: ٥٤٧/١: (وفي ارتجاع زوجته روايتان؛ أصحهما: الجواز..).

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٣٤٤/١: (وأجمعوا على أن المكي ليس عليه إلا طواف الإفاضة).

(٣) جاء في كشف القناع: ٤٩٠/٢: (قال ابن عباس: لا أرى لأهل مكة أن يطوفوا بعد أن يحرموا بالحج، ولا أن يطوفوا بين الصفا والمروة حتى يرجعوا، فلو طاف وسعى بعد لم يجزئه).

(٤) جاء في كشف القناع: ٤٨٥/٢: (وسنن الطواف وعد منها: استلام الركن اليماني)، انظر: المذهب: ٤٠٧/١.

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٤٠٢/١: (وان استلم الركن اليماني، كما استلم الحجر الأسود فهو حسن، وإن تركه فلا يضر).

(٦) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٣١/٥، والنسائي في السنن الكبرى: ٤٠٢/٢.

فصل: ولا يستحب تقبيل ما استلمه به^(١) خلافاً للشافعي. دليلنا: أنه لا يستحب تقبيله فلا يستحب تقبيل ما استلمه به كالأخرين، وعكسه الذي فيه الحجر الأسود، ولأن القياس يقتضي منع التقبيل في الجملة لما قال عمر: «إنك لحجر لا تضر ولا تنفع لولا أنى رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ما قبلتك»^(٢)، وإنما أطرحنا القياس في الحجر الأسود لفعل رسول الله ﷺ بقى الباقي على حاله.

٦٨١ - مسألة: إذا لم يمكنه تقبيل الحجر الأسود استلمه بشيء، ثم قبل ذلك الشيء وقال مالك^(٣): يتركه على فيه من غير تقبيل. دليلنا: ما روي «أن النبي ﷺ استلم الحجر بمحجنه»^(٤)، ويروى: «بقضيب في يده ثم قبل العود»^(٥)، ولأنه إنما استحب تقبيل الحجر تعظيماً له، وهذا موجود فيما استلمه به.

٦٨٢ - مسألة: لا تكره القراءة في الطواف خلافاً لإحدى الروایتين، ولمالك^(٦). دليلنا: ما روت عائشة: أن النبي ﷺ «كان يقول في طوافه ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار»^(٧)، ولأنه ركن من أركان الحج أشبه الأركان.

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٥٠/٣: (فإن شق لنحو زحام استلامه وتقبيله لم يزاحم واستلمه بيده ... ولم يقبله).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: ٩٢٥/٢، وأحمد في المسند: ١٦/١، والنسائي في سننه: ٢٢٧/٥.

(٣) جاء في الكافي: ٤٣١/١: (فإن استلمه بشيء في يده قبله). وانظر: المدونة: ٤١٠/١.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: ٢١٤/١، والمحجن: عصا محنية الرأس.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب استلام الركن بالمحجن: ١٨٥/٢، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب جواز الطواف على بعير: ٩٢٦/٢، وأبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب الطواف الواجب: ٤٣٤/١.

(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات: ٥٢/٣، وجاء في المستوعب: ٥٧٩/١: (وهل تكره القراءة في الطواف؟ على روايتين ...).

(٧) أخرجه أبو داود في سننه: ١٧٩/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٨٤/٥، وأحمد في مسنده: ٤١١/٣.

٦٨٣ - مسألة : لا يصح طواف المحدث ولا من عليه نجاسة، وبه قال أكثرهم^(١).

وفيه رواية أخرى : يصح، وعليه دم، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى : قوله ﷺ : «الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أحل لكم فيه النطق»^(٢)، وقوله لعائشة لما حاضت : «إفعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت»^(٣)، ولأنها عبادة تجب فيها الطهارة فكانت شرطاً كالصلاة، ولأنها تتعلق بالبيت أشبه ما ذكرنا.

٦٨٤ - مسألة : إذا طاف منكساً لم يعتد به، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبو حنيفة :

يعتد به وعليه دم. دليلنا : أن هذه عبادة تتعلق بالبيت فكان من شرطها الترتيب كالصلاة وكالطواف في حق المكي، ولأنه ترك من الطواف ما لا يسقط إلى غير شيء ، فلا يقوم الدم مقامه كما لو ترك أكثر الأشواط.

٦٨٥ - مسألة : إذا ترك بعض الأشواط لم يجزئه، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي

حنيفة في قوله : يجزيه وعليه دم. دليلنا : ما تقدم من القياسين في التي قبلها.

٦٨٦ - مسألة : إذا سلك الحجر في طوافه لم يجزه^(٦)، وبه قال أكثرهم خلافاً

(١) جاء في المستوعب : ٥٨٠/١ : (ومن طاف محدثاً أو عليه نجاسة أو مكشوف العورة لم يجزئه في أصح الروايتين، وفي الأخرى يجزئه ويجبره بدم). انظر : الأم : ٢٥٣/٥ ، والحاوي : ١٨٩/٥ ، والوسيط : ٦٤٢/٢.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک : ٢٩٣/٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٨٥/٥ ، والدارمي في السنن : ٦٦/٢.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٨٦/٥ ، وأحمد في المسند : ٣٩/٦.

(٤) جاء في الكافي : ٤٣٤/١ : (الترتيب : وهو أن يطوف على يمينه، فإن نكسه، لم يجزئه.. لأنها عبادة تتعلق بالبدن فكان الترتيب فيه شرطاً كالصلاة)، وجاء في الممتع : ٤٣١/٢ : (أما عدم إجراء الطواف المنكس : وهو جعل الطائف البيت عن يمينه عكس ما تقدم من قوله، ويجعل البيت عن يساره، لأن جعل النبي البيت عن يساره لقوله تعالى : ﴿وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾).

(٥) قال ابن قدامة : (الطواف سبعاً فإن ترك منها شيئاً وإن قل لم يجزئه، لأن النبي ﷺ طاف سبعاً، فيكون تفسيراً لمحل قوله تعالى : ﴿وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾، انظر : الكافي : ٤٣٤/١.

(٦) جاء في الروض المربع : ص ٢٢١ : (أو طاف على جدار الحجر لم يصح طوافه، لأنه ﷺ طاف من وراء الحجر).

لأبي حنيفة. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾^(١)، والحجر من البيت لقول عائشة: «صلى في الحجر فإن الحجر من البيت»^(٢)، ولأنه لم يستوعب البيت العتيق بطوافه أشبه إذا طاف بعض شوط ورجع.

٦٨٧ - مسألة: إذا طاف راكباً من غير عذر فعليه دم، وبه قال أكثرهم^(٣)، وفيه رواية أخرى: لا دم عليه، وبه قال الشافعي، وهو اختيار أبي بكر وابن حامد وجه الأولى: إنها عبادة تتعلق بالبيت فلا يجوز فعلها راكباً من غير عذر كالصلاة.

٦٨٨ - مسألة: إذا حمل رجل رجلاً وطاف به لم يجزه عن الحامل، وفي المحمول^(٤) روايتان بناءً على الراكب؛ أحدهما: عليه دم إن كان لغير عذر، وهو اختيار الخرقى. والثانية: لا دم عليه. وقال أبو حنيفة: يجزى عنهما، وعن الشافعي قولان؛ أحدهما: يجزى عن المحمول دون الحامل. والثاني: يجزى عن الحامل خاصة. دليلنا: أنه لو قلنا يجزى عنهما، وقع ركن واحد عن نفسيين، وهذا لا يجوز.

٦٨٩ - مسألة: ركعتي الطواف غير واجبة^(٥) خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي

(١) سورة الحج: الآية رقم: ٢٨.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک: ٦٣٠/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٩٠/٥، وابن خزيمة في صحيحه: ٢٢٢/٤، والشافعي في مسنده: ص ١٢٩.

(٣) قال البهوتي: (ومن طاف راكباً أو محمولاً لم يجزه طوافه إلا إذا كان ركوبه أو حمله لعذر لقول الرسول ﷺ: «الطواف بالبيت صلاة»، ولأنه عبادة تتعلق بالبيت فلم يجز فعلها راكباً أو محمولاً لغير عذر). شرح منتهى الإرادات: ٥٢.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات: ٥٢. وجاء في المستوعب: ٥٨٠/١: (فإن حمله محرم ونوباً جميعاً لم يجزه للحامل رواية واحدة).

(٥) قال البهوتي: (إذا تم طوافه يصلي ركعتين نفلاً). انظر: الروض المربع: ص ٢٢١. وجاء في المستوعب: ٥٨١/١: (فإذا فرغ من الطواف صلى ركعتين وليستا بواجبتين بل مستحبتين، يقرأ في الأولى بعد الفاتحة بقل يا أيها الكافرون، وفي الثانية بعد الفاتحة بسورة الإخلاص).

الشافعي. دليلنا: أنها صلاة ذات ركوع وسجود ، فإذا لم يكن لها وقت مرتب لم تكن واجبة كالسنن الراتبة ، أو نقول : تابعة لغيرها أشبه ماذكرنا .

٦٩٠ - مسألة : لا يكره تلفيق الأسابيع، وفيه رواية أخرى : لا يكره بشرط أن يقطع على وتر، وقال أبو حنيفة والشافعي : يكره. دليلنا: ما روي أن النبي ﷺ: «طاف ثلاث أسابيع لم يصل بينهم، فلما فرغ صلى لكل طواف صلاة»، أو نحو هذا الكلام. وعن عائشة : «أنها كانت تجمع بين الأسبوعين والثلاثة»، ولأن الطواف صلاة ثم لو جمع بين الصلاتين وأخر سُنَّتها جاز، كذلك هاهنا .

٦٩١ - مسألة: إذا أحر الطواف عن أيام التشريق فلا دم عليه^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة : عليه دم^(٣)، ويتخرج على المذهب مثله بناءً على تأخير الحلاق. دليلنا: أنه نسك أخر إلى وقت جواز فعله أشبه الوقوف، ولأنه أخر الطواف من وقت الفضيلة إلى وقت الجواز، فهو كما لو أخره إلى اليوم الثالث.

٦٩٢ - مسألة: إذا طاف بعد نصف الليل من ليلة النحر جاز^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : الجواز بعد طلوع الفجر. دليلنا: أن من أصلنا أنه وقت للرمي والدفع أشبه ما بعد طلوع الفجر.

(١) قال البهوتي: (فإن أخره عن يوم النحر أو أخره عن أيام من جاز كالسعي ولا شيء عليه، لأن آخر وقته غير محدود). انظر: كشف القناع: ٥٠٦/٢.

(٢) قال ابن رشد: (سأل ابن القاسم الإمام مالك: عمن أخر طواف الزيارة حتى مضت أيام التشريق؟ قال: إن عجله فهو أفضل، وإن أخره فلا شيء عليه). انظر: المدونة: ٤٢٤/١.

(٣) قال أبو حنيفة: (من أخر طواف الزيارة إلى آخر أيام التشريق، فعليه دم، وهو قول زفر وإحدى الروایتين عن الثوري). انظر: اختلاف العلماء: ١٤٧/٢، والأصل: ٣٩٥/٢، وأحكام القرآن للجصاص: ٢٣٩/٣.

(٤) جاء في الكافي: ٤٤٩/١: (وأول وقته بعد نصف الليل من ليلة النحر لحديث أم سلمة، والأفضل فعله يوم النحر).

٦٩٣ - مسألة: تعيين النية واجب في طواف الزيارة^(١) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى»^(٢)، ولأنها عبادة واجبة تتعلق بالبيت أشبه الصلاة.

٦٩٤ - مسألة: السعي ركن فلا ينوب عنه الدم، وبه قال أكثرهم^(٣)، وعنه أنه سنة لا دم في تركه، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، إلا أنه أوجب الدم. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه سعى وقال: «اسعوا فإن الله كتب عليكم السعي»^(٥) فحصل الاحتجاج من فعله وأمره وإخباره، ولأنه نسك يفعل في الحج والعمرة فلا ينوب عنه الدم كالطواف، ولأنه مشي ذو عدد أشبه ما ذكرنا.

٦٩٥ - مسألة: القارن بين الحج والعمرة يجزيه طواف واحد وسعي واحد، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: لا يكفي^(٦)، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: قوله ﷺ: «من قرن بين الحج والعمرة طاف طوافاً واحداً، أو سعى سعياً واحداً وأجزأه لحجته وعمرته»^(٧)، وقال لعائشة: «طوافك بالبيت وسعيك بين

(١) جاء في الروض المربع: ص ٢٢٦: (يطوف القارن والمفرد بنية الفريضة طواف الزيارة، وقال: طواف الإفاضة يعينه بالنية).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: ٣/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٤١/١، وأبو داود في سننه: ٢٦٢/٢.

(٣) قال ابن قدامة: (والسعي ركن لا يتم الحج إلا به.. وعنه: أنه سنة لا شيء على تاركه لقوله تعالى: ﴿فلا جناح أن يطوف بهما﴾. انظر: الكافي: ٤٤٠/١، والمهذب: ٤٠٨/١.

(٤) فتح القدير: ١٥٦/٢ - ١٥٨.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده: ٤٣٧/٦، وابن خزيمة في صحيحه: ٢٣٣/٤، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٢٩/٢٤.

(٦) جاء في المستوعب: ٥٩٨/١: (فأما القارن فهو: المحرم بالحج والعمرة، وفيه روايتان: إحداهما: تدخل أفعال العمرة في أفعال الحج فيجزئه لهما طواف واحد وسعي واحد. فعلى هذا حكمه حكم المفرد بالحج في جميع ما ذكرنا إلا أن عليه دم القران.

والرواية الثانية: لا تدخل أفعال العمرة في أفعال الحج فيطوف فهما طوافين ويسعى لهما سعيين هذا على حدة وهذا على حدة).

(٧) أخرجه أحمد في مسنده: ٦٧/٢.

الصفة والمرة يجزيك لحجك وعمرتك»^(١)، وروي : «يكفيك»، ولأنه ناسك يكتفى بخلاق واحد أشبه المفرد.

٦٩٦ - مسألة : إذا وقف القارن بعرفة قبل طواف العمرة، لم ترتفع عمرته، وبه قال أكثرهم ، وهذا يخرج على الروايتين^(٢)، لأننا نستحب أن يفرد كل واحد منهما بطواف وسعي، وقال أبو حنيفة : ترتفع العمرة. دليلنا : أن الوقوف من أركان الحج فلا ترتفع به العمرة كالإحرام، ولأنه لما لم تخرج بالقول أولى أن لا ترتفع بالفعل الذي لم يجعل للخروج قياساً على إحرامه للحج.

٦٩٧ - مسألة : يجوز الجمع بين الظهر والعصر بعرفات جماعة وفردى، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة : لا يجوز إلا جماعة. دليلنا : أن كل صلاتين جمع بينهما جماعة جمع بينهما فردى كالمغرب والعشاء بمزدلفة، ولأنهم قد قالوا إذا حضر الإمام وحده جمع كذلك المأموم.

٦٩٨ - مسألة : أول وقت الوقوف طلوع الفجر من يوم عرفة، ويخرج بالفجر الثاني من يوم النحر^(٤)، وقال أبو حنيفة والشافعي : أول وقت الزوال يوم عرفة^(٥)،

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٧٣/٥، والدارقطني في السنن: ٢٦٢/٢، وأبو داود في سننه: ١٨٠/٢.

(٢) جاء في المستوعب: ٥٩٩/١: (وذكر في الجامع الصغير: (أن القارن إذا وقف بعرفة قبل الطواف والسعي لم يصير رافضاً «العمرة»، وفائدة ذلك: أنه لا تنتقض عمرته بل يجزئه وعليه دم القران).

(٣) شرح منتهى الإرادات: ٥٩/٢. وجاء في الكافي: ٤٤١/١: (ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم لم يصل بينهما شيئاً).

(٤) جاء في الكافي: ٤٤٣/١: (ووقت الوقوف من طلوع فجر يوم عرفة إلى طلوع فجر يوم النحر).

(٥) جاء في المذهب: ٤١٢/١: (وأول وقته إذا زالت الشمس لما روي أن النبي ﷺ وقف بعد الزوال وقد قال: «خذوا عني مناسككم»، وآخر وقته إلى أن يطلع الفجر الثاني). انظر: الأم: ٤١٤/٥، والحاوي: ٢٣٠/٥، والوسيط: ٦٥٨/٢، وجاء في الكافي: ٤٤٢/١: (قال أبو حفص العكبري: أو وقته زوال الشمس).

وقال مالك^(١) : وقت الإجزاء ليلة النحر فقط. دليلنا: قوله ﷺ : «من صلى صلاتنا هذه وأشار إلى الفجر من يوم النحر، وكان قد وقف قبله من ليل أو نهار بعرفة فقد تم حجه وقضى تفته»^(٢)، ولأنه وقف في أحد طرفي الزمان أشبه الطرف الآخر، ولأن النهار أحد الزمانين أشبه الليل، ولأنه موقوف للدعاء فاستوعب الزمان كالوقوف بمزدلفة، ولأنه أحد طرفي الزمان فيعلق بالفجر كالطرف الأخير، ونخص مالك بأنه زمان سن فيه الوقوف فأجزأ كالليل.

٦٩٩- مسألة: إذا دفع من عرفة قبل غروب الشمس فعليه دم^(٣)، وبه قال أبوحنيفة خلافاً لإحدى قولي الشافعي^(٤) دليلنا: قوله ﷺ : «إن المشركين كانوا يدفعون قبل غروب الشمس فخالقوهم وادفعوا بعد غروبها»^(٥)، وإذا ثبت هذا فقد أخل بواجب فلزمه دم كترك غيره من الواجبات، ولأنه دفع قبل الغروب أشبه لو دفع قبل الزوال.

٧٠٠- مسألة: إذا صلى المغرب قبل الوصول إلى مزدلفة فالصلاة صحيحة^(٦)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن كل صلاتين صح الجمع بينهما صح فعل كل واحد منهما في وقتها كالظهر والعصر بعرفة، وعلى قولهم لا يصح فعلها في وقتها ما لم يصل إلى مزدلفة.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ص ٣٦، وشرح الزرقاني: ٢/٢٦٩.

(٢) أخرجه الطبراني: ج ١٧ حديث رقم ٣٨٢.

(٣) جاء في المستوعب: ١/٥٨٧: (فإن دفع قبل الغروب ولم يعد حتى غربت الشمس لزمه دم سواء عاد ليلاً أو لم يعد).

(٤) الأصل: ٢/٤١٣، والمختصر: ص ٧٠، والمجموع: ٨/١٢٢، والمدونة: ١/٤١٣.

(٥) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط: ٢/٣٨٢.

(٦) جاء في الممتع: ٢/٤٤٧: (فإن صلى المغرب في الطريق ترك السنة وأجزأه، لأنه خلاف فعل الرسول ﷺ وأما الإجزاء، فلأن كل صلاتين جاز الجمع بينهما جاز فعل كل واحدة في وقتها). انظر: المدونة: ١/٤٣٢.

٧٠١- مسألة: يجوز الدفع من مزدلفة بعد نصف الليل^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا حتى يطلع الفجر. دليلنا: ما روت عائشة أن النبي ﷺ: «أرسل أم سلمة فرمت ثم رجعت قبل الفجر»^(٣)، ولأنه دفع بعد نصف الليل أشبه بعد طلوع الفجر.

فصل: فإن دفع قبل نصف الليل فعليه دم^(٤)، وبه قال مالك^(٥)، وقال أبو حنيفة: لا دم عليه^(٤)، وعن الشافعي كالمذهبين. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه بات بمنى: «وقال خذوا عني مناسككم»، فحصل ذلك نسكاً، فإذا أخل به دخل تحت قوله: «من ترك نسكاً فعليه دم»^(٦).

٧٠٢- مسألة: يجوز رمي جمرة العقبة بعد نصف الليل من ليلة النحر^(٧)، وبه قال الشافعي^(٨)، وقال أكثرهم: لا، حتى يطلع الفجر^(٩). دليلنا: ما تقدم من

- (١) جاء في الكافي: ٤٤٥/١: (ويجوز الدفع من مزدلفة بعد نصف الليل).
- (٢) جاء في المذهب: ٤١٣/١: (وهل يجب المبيت بمزدلفة أم لا؟ فيه قولان: أحدهما: يجب، لأنه نسك مقصود في موضع فكان واجباً كالرمي. والثاني: أنه سنة، لأنه مبيت فكان سنة كالمبيت بمنى ليلة عرفة).
- (٣) أخرجه الحاكم في المستدرک: ٦٤١/١، وأبو داود في سننه: ١٩٤/٢، والدارقطني في السنن: ٢٧٦/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٣٣/٥.
- (٤) جاء في الممتع: ٤٤٨/٢: (ثم يبيت بها، فإن دفع قبل نصف الليل فعليه دم.. أما بيتوته بمزدلفة، فلأن المبيت بها واجب، لأن النبي ﷺ بات بها وقال: «خذوا عني مناسككم»، وأما وجوب الدم على من دفع قبل نصف الليل فلأن مبيت كل الليل أو أكثره واجب).
- (٥) جاء في المدونة: ٤٣٢/١ وما بعدها: (من مر بمزدلفة ماراً ولم ينزل بها فعليه دم، ومن نزل بها ثم دفع منها بعدما نزل بها، وإن كان دفعه منها في وسط الليل أو في أوله أو آخره، وترك الوقوف مع الأيام أجزأه ولا دم عليه).
- (٦) أخرجه أحمد في مسنده: ٣٧٨/٣.
- (٧) جاء في المستوعب: ٥٨٧/١: (وإن دفع قبل نصف الليل أو لم يبيت بها جملة وهو من غير الرعاة وأهل سقاية الحاج لزمه دم. نص عليه).
- (٨) جاء في المذهب: ٤١٥/١: (وإن رمى بعد نصف الليل أجزأه وقبل طلوع الفجر أجزأه).
- (٩) جاء في المدونة: ٤٥٥/١: (ويرمي بعد طلوع الشمس، فإن رمى بعد نصف الليل أجزأه، لأن النبي ﷺ أمر أم سلمة ليلة النحر فرمت جمرة العقبة قبل النحر ثم مضت فأفاضت). وقال الإمام مالك: (وإن رمى قبل أن يطلع الفجر أعاد الرمي.. ثم قال: (إذا طلع الفجر فقد حل النحر والرمي بمنى). انظر: المدونة: ٤٣٤/١.

حديث أم سلمة، وأنها دفعت للرمي ثم عادت قبل طلوع الفجر، ولأنه رمي بعد نصف الليل أشبهه بعد طلوع الفجر.

٧٠٢- مسألة: لا يجوز الرمي إلا بالحجارة، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة: يجوز بكل ما هو جنس الأرض^(٢) كالنورة والزرنوخ. دليلنا: ما روي عن ابن عباس أنه قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أجمع له حصاً فجمعت له حصيات كالخذف فقال بمثلها فارموا وإياكم والغلو في الدين»^(٣)، ولأن رمي الجمار غير معقول المعنى، لأنه لو كان إكراماً للموضع لكان بالأشياء النفيسة، ولو كان ترغيباً للشيطان لكان بالحديد والجنادل، وإذا كان كذلك وقف على ما جاء به الشرع.

٧٠٤- مسألة: لا يجوز في أيام التشريق الثلاثة أن يرمي إلا بعد الزوال، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبو حنيفة: يجوز أن يرمي قبل الزوال في اليوم الأخير خاصة^(٥)، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنه رمي لا يجوز قبل طلوع الفجر، فلا يجوز قبل الزوال كالיום الأول والثاني وعكسه رمي يوم النحر، ولأنه يوم من أيام منى أشبهه ما ذكرنا.

٧٠٥- مسألة: إذا لم ينفر النفر الأول حتى غربت شمس اليوم الثاني من أيام

(١) جاء في الكافي: ٤٤٦/١: (ولا يجزئه غير الحجر في الرمي من المدر والخذف ولا بحجر قد رمى به). انظر: المزني: ص ٦٨.

(٢) الأصل: ٤٢٧/٢، والمبسوط: ٦٧/٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه: ١٠٠٨/٢، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٨٩/١٨، وأحمد في مسنده: ٣٤٧/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٢٧/٥.

(٤) قال ابن قدامة: (ثم يرمي الجمرات الثلاث في أيام التشريق بعد الزوال كل جمرة في كل يوم بسبع حصيات). انظر: الكافي: ٤٥٢/١.

(٥) البداية وفتح القدير: ١٧٦/٢-١٨٠.

التشريق، فإنه يجب عليه المقام حتى يرمي في اليوم الثالث^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه المقام إلا أن يطلع الفجر ومن اليوم الثالث. دليلنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾^(٢)، وإذا غربت شمس اليوم الثاني فلم يتعجل فيه، لأن اليوم عبارة عن ضوء النهار، ولأنه خرج بعد الغروب أشبه إذا طلع الفجر.

٧٠٦- مسألة: إذا نكس الرمي في أيام التشريق فرمى جمرة العقبة، ثم الوسطى، ثم الأول لم يجزه، وبه قال الشافعي، وعن أحمد^(٣) رواية أخرى في الناسي: لا شيء عليه خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يعتد به ولا شيء عليه. دليلنا: أن النبي ﷺ رمى مرتباً وقال خذوا عني مناسككم، ولأنها مناسك تفعل في أوقات متقاربة أشبه السعي مع الطواف.

٧٠٧- مسألة: إذا أخر الرمي من اليوم الأول إلى الثاني فلا شيء عليه، وكذلك إن أخره إلى الثالث^(٤)، وقال أبو حنيفة^(٥): عليه دم، وعن الشافعي^(٦) كمذهبننا، وعنه أنه محدود الأول، والآخر يرمي ويريق دماً. دليلنا: أنه رمى أخره إلى وقت جواز فعله، أشبه إذا أخره من النهار إلى الليل على أبي حنيفة خاصة، لأنه نسك أخره إلى وقت الجواز أشبه الوقوف بعرفة.

- (١) جاء في المستوعب: ٥٩٥/١: (فإن غربت وهو بمنى لزمته البيتوتة بها أيضاً والمقام بها حتى يفعل في غد بعد الزوال كما فعل بالأمس).
- (٢) سورة البقرة: الآية رقم: ٢٠٣.
- (٣) شرح منتهى الإرادات: ٦٧/٢، وجاء في الكافي: ٤٥٣/١: (وإنما وجب الترتيب بالنية، لأنها عبادة يجب الترتيب فيها مع فعلها في أيامها). انظر: المذهب: ٤١٩/١، وجاء في الكافي: ٤٥٢/١: (ولا يجزئه الرمي إلا بعد الزوال مرتباً، فإن نكسه فبدأ بالثالثة، ثم بالثانية، ثم بالأول لم يعتد له إلا الأولى).
- (٤) قال البهوتي: (وإن أخر رمي يوم إلى آخر، أو أخر الرمي كله إلى اليوم الثالث، ترك السنة، ولا شيء عليه، لكنه يقدم بالنية رمي الأول ثم الثاني، ثم الثالث، لأن أيام التشريق كلها وقت للرمي، فجاز تأخيرها إلى آخر وقته). الكافي: ٤٥٣/١.
- (٥) جاء في فتح القدير: ٦٠/٣: (ومن ترك رمي يوم واحد فعليه دم، لأنه نسك تام).
- (٦) انظر: مختصر المزني: ص ١٠٠، والحاوي: ٢٦٢/٥.

٧٠- مسألة: إذا ترك حصة ففيها روايات^(١): أحدها: مُدٌّ مِنْ طَعَامٍ، والثانية: قبضة من طعام، والثالثة: لا شيء عليه، والرابعة: دم، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: نصف صاع، وعن الشافعي مُدٌّ طَعَامٍ وصدقة وثلاث دم بمثابة حلاق شعره. فالدلالة على أنه يجب مد لا نصف صاع خلافاً لأبي حنيفة أنه إطعام في كفارة فلا تجب من البر زيادة على مد كالإطعام في سائر الكفارات، وقد دللنا على ذلك في الظهار.

فصل: فإن ترك ثلاث حصيات فعليه دم، وبه قال الشافعي في المشهور عنه، وقال أبو حنيفة: عليه نصف صاع بُر. دليلنا: أنه ترك ما يقع عليه اسم الجمع المطلق، أشبه الأكثر.

٧٠- مسألة: ليس في يوم النحر خطبة مشروعة^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي. دليلنا: أنه يوم تقدمه يوم خطبة فلا يكون فيه خطبة كيوم النفر الثاني.

٧١- مسألة: في يوم النفر الأول خطبة وهو ثاني أيام التشريق، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه خطب فيه وقال: خذوا عني مناسككم، ولأن بنا حاجة إلى الخطبة فيه حتى يبين للناس النفر وصفته أشبه يوم عرفة.

٧١- مسألة: ليس في اليوم السابع خطبة خلافاً لأكثرهم^(٤). دليلنا: أنه يوم لا

(١) انظر: الممتع: ٤٦٨/٢ وما بعدها، والمستوعب: ٥٩٦/١.

(٢) انظر: المستوعب: ٥٩٢/١.

(٣) جاء في الكافي: ٤٥٤/١: (وبسن أن يخطب الإمام يوم النفر وهو أوسط أيام التشريق ويعلم الناس حكم التعجيل والتأخير وتوديعهم). انظر: المذهب: ٤٢١/١.

(٤) جاء في المذهب: ٤١٠/١: (ويخطب الإمام السابع من ذي الحجة بعد الظهر بمكة ويأمر الناس بالغدو من الغد إلى منى وهي إحدى الخطب الأربعة المسنونة في الحج).

يفعل فبه نسك من مناسك الحج أشبه اليوم الذي قبله، وعكسه على أصلنا يوم عرفة والنفر الأول.

٧١٢- مسألة: إذا ترك المبيت بمنى ليالي التشريق فعليه دم^(١)، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى: لا دم عليه، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وهي اختيار أبي بكر، وعن أحمد رواية أخرى: عليه صدقة. دليلنا: «أن النبي ﷺ أرخص لعمه العباس أن يبیت بمكة في السقاية، وكان العباس استأذنه في ذلك»^(٣)، فلولا إنه واجب ما احتاج إلى الترخيص، وإذا ثبت أنه نسك وجب بتركه دم كطواف الصدر.

٧١٣- مسألة: طواف الصدر ويسمى الوداع واجب، وفي تركه دم، وبه قال أبو حنيفة^(٤) خلافاً لمالك وأحد قولي الشافعي: أنه ليس بواجب.^(٥) دليلنا:

- (١) جاء في المستوعب: ٥٩٦/١: (ومن ترك المبيت بمنى ليالي أيام التشريق وهو من غير الرعاة وأهل السقاية أساء ولزمه دم. نص عليه في رواية حنبل).
- (٢) شرح مختصر خليل: ٥٨٤/٢.
- (٣) نص الحديث عن ابن عمر قال: استأذن العباس بن عبدالمطلب رسول الله ﷺ أن يبیت بمكة أيام منى من أجل سقايته، فأذن له. أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب سقاية الحاج: ١٩١/٢، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب وجوب المبيت بمنى: ٩٥٣/٢، وأبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب يبیت بمكة ليال منى: ٤٥٤/١، وابن ماجه في سننه، كتاب المناسك، باب البيوتة بمكة ليالي منى: ١٠٢٩/٢، والدارمي في سننه، كتاب المناسك، باب في من يبیت بمكة ليال منى: ٧٥/٢، وأحمد في مسنده: ١٩/٢.
- (٤) جاء في كشاف القناع: ٥١٣/٢ ما ملخصه: (من ترك طواف الوداع إن لم يمكنه لعذر أو لغير عذر، فإن أمكنه الرجوع، أو جاوز مسافة القصر فعليه دم، لأنه من واجبات الحج فاستوى عمده وخطؤه). انظر: الكافي: ٤٥٧/١، وفتح القدير: ٥٠٤/٢.
- (٥) جاء في المذهب: ٤٢٢/١: (وهل يجب طواف الوداع أم لا..؟ فيه قولان؛ أحدهما: أنه يجب لقول النبي ﷺ: «لا ينفر أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت». والثاني: لا يجب، لأنه لو وجب لم يجز للحائض تركه، فإن قلنا: واجب، وجب بتركه دم، وإن قلنا: لم يجب، لم يجب بتركه دم، لأنه سنة فلا يجب بتركه دم كسائر سنن الحج).

ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ينصرفن أحدكم حتى يكون آخر عهده البيت »^(١)، ولأنه طواف يفعل بعد الوقوف، أشبه طواف الزيارة.

فصل : فإن ودع ثم تشاغل أعاد الطواف، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣) دليلنا: الحديث، ولأنه إذا لم يعقبه بالخروج خرج عن الاستقامة وكونه مودعاً.

٧١٤- مسألة: يصح حج الصبي^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة^(٦). دليلنا: ما روي : « أن امرأة لقيت النبي ﷺ بالروحاء فأخرجت صبياً من محفة فأخذت بعضده فقالت : يا رسول الله ألهذا حج.. ؟ فقال : نعم ولك أجر »^(٧)، ولأن من صح إحرامه بالصلاة صح كالبالغ، ولأنهم قد قالوا: المغمى عليه إذا أحرم عنه أهل رفقته انعقد عنه مع عدم تمييزه، فأولى أن يصح هاهنا مع وجود التمييز.

٧١٥- مسألة: المغمى عليه لا يصح إحرام أهل رفقته عنه^(٨)، وبه قال أكثرهم

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ١٧٩/٢، ومسلم في صحيحه: ٩٣/٤.

(٢) جاء في الكافي: ٤٥٥/١: (فإن ودع ثم اشتغل بتجارة أو إقامة، لزمته إعادته للخبر). انظر: المهذب: ٤٢٢/١.

(٣) جاء في فتح القدير: ٥٠٣/٢: (حتى لو طاف لذلك، ثم أطال الإقامة بمكة ولو سنة ولم ينو الإقامة بها، ولم يتخذها داراً، جاز طوافه ولا آخر له وهو مقيم).

(٤) اتفق الفقهاء على أن الصبي لا يجب عليه الحج، وأنه إذا حج لم يسقط الفرض عنه عند البلوغ.. ثم اختلفوا لو حج، هل يكون حجه صحيحاً أم لا؟ انظر: بدائع الصنائع: ١٠٨٢/٣، والمجموع: ٣٤/٧.

(٥) انظر: المدونة: ٤٠٤/١، الكافي: ٣٨٢/١.

(٦) لم أجد نصاً على هذا القول.

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه: ٩٧٤/٢.

(٨) جاء في المستوعب: ٥٣٣/١: (والمجنون والمغمى عليه إذا أحرم عنه بعض رفقته لم يصح ولم يصير محرماً).

خلفاً لأبي حنيفة^(١) دليلنا: أنه مكلف فلا يصير محرماً بإحرام غيره عنه كالنائم، وعكسه الصبي، ولأن من لا يصح إحرامه عن غيره قبل الإغماء لا يصح بعده كغير أهل الرفقة.

٧١٦- مسألة: إذا أحرم العبد بالحج ثم أعتق قبل الوقوف أجزأه، وبه قال الشافعي^(٢) خلفاً لأكثرهم. دليلنا: أنه أتى بالوقوف في وقته في إحرام صحيح أشبه إذا أعتق قبل الإحرام.

٧١٧- مسألة: إذا أحرم العبد بغير إذن سيده انعقد إحرامه^(٣)، وبه قال أكثرهم خلفاً لداود. دليلنا: أنها عبادة محضة أشبه الصيام والصلاة، ولأنه مكلف أشبه الحر.

فصل: ولا يملك السيد تحليله خلفاً لإحدى الروایتين^(٤) ولاكثرهم وجه الأولى: إنها عبادة يتصف بها تارة بنفسه وتارة بغيره فهي كالإسلام.

فصل: فإن أذن له في الإحرام لم يملك تحليله منه رواية واحدة، وبه قال الشافعي خلفاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه عقد لازم أشبه الإحرام في حق الزوجة والنكاح.

٧١٨- مسألة: إذا أحرمت المرأة بحجة الفرض، لم يملك الزوج تحليلها^(٥)، وبه قال أبو حنيفة خلفاً للشافعي في إحدى قوليه. دليلنا: أنها عبادة مفروضة أشبه الصلاة والصيام.

(١) جاء في فتح القدير : ٥١٠/٥ : (ومن أغمى عليه فأهل عنه رفاقه جاز .. حتى لو أهل غير رفاقه عنه جاز، وهو الأولى، لأن هذا من باب الإعانة لا الولاية).

(٢) الكافي : ٣٨٣/١ ، والمهذب : ٣٦٠/١ .

(٣) الكافي : ٣٨٣/١ .

(٤) المستوعب : ٦٢١/١ .

(٥) جاء في المستوعب : ٦٢٠/١ : (فإن أحرمت بإذنه لم يكن له تحليلها). انظر: الكافي : ٣٨٥/١ .

٧١٩- **مسألة:** إذا بلغ الصبي، أو عتق العبد وقد جاوز الميقات من غير إحرام، ثم أحرم من دون الميقات إلى مكة، فلا دم عليهما^(١)، وقال أبو حنيفة: لا دم على الصبي، وتجب على العبد. وعن الشافعي فيهما قولان.^(٢) دليلنا: أنه جاوز الميقات وهو ممن لا يلزمه الإحرام، أشبه المجنون والصبي على أبي حنيفة. ولا يلزم الكافر، لأنه كان يلزمه الإحرام.

فصل: فإن جاوز كافراً ثم أسلم دونه وأحرم، فعليه دم^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا دم عليه، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنه حر بالغ عاقل لا يتكرر دخوله دخل مكة بغير قتال، فإذا جاوز بغير إحرام ثم أحرم دون الميقات، لزمه دم كالمسلم، ولأنه ناقص في دينه فأشبهه الفاسق.

٧٢٠- **مسألة:** إذا دخل مكة لحاجة لا تتكرر كالتجارة ونحوها، لزمه أن يأتي بإحرام،^(٤) وبه قال مالك.^(٥) وفيه رواية أخرى: لا يلزمه ذلك إلا أن يريد الحج أو العمرة فقط، وهو ظاهر كلام الخرقى، وعن الشافعي كالروايتين، وقال أبو حنيفة: إن كان من أهل الميقات أو دونه إلى مكة لم يلزمه الإحرام، ويلزم

(١) جاء في المذهب: ٣٦٠/١: (وإن بلغ الصبي أو أعتق العبد في الإحرام نظرت، فإن كان قبل الوقوف بعرفة أو في حال الوقوف بعرفة أجزأه عن صحة الإسلام، لأنه أتى بأفعال النسك في حال الكمال فأجزأه).

(٢) جاء في فتح القدير: ٤٢٣/٢: (وإذا بلغ الصبي بعدما أحرم أو عتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الإسلام، ولوجود الصبي الإحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز، والعبد لو فعل ذلك لم يجز).

(٣) جاء في المستوعب: ٥٢٣/١: (يلزمه الخروج إلى الميقات ليحرم منه إلا أن يخاف عدواً أو فوات الحج فيحرم من موضعه وعليه دم سواء دخل مكة محلاً أو محرماً مريداً للنسك، لأن الإحرام لا يصح من الكافر فيكون وجوده كعدمه).

(٤) جاء في المستوعب: ٥١٨/١: (فمن مر على شيء منها من أهله أو من غير أهله مريداً لدخول مكة لحج أو عمرة، أو لهما، أو لحاجة لا تتكرر غير الخوف والقتال كالتجارة والزيارة والرسالة لم يجز له مجاوزته بغير إحرام).

(٥) جاء في بداية المجتهد: ٣٢٥/١: (ولا خلاف أنه يلزم الإحرام من مر بهذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة... وأما من لم يردهما فقال قوم: كل من مر بهما يلزمه الإحرام إلا من يكثر التردد مثل الخطابين وشبههم، وبه قال مالك... وقال قوم: لا يلزم الإحرام بهما إلا من يريد الحج أو العمرة، وهذا كله لمن ليس من أهل مكة).

في حق غيره وجه الأولى : أنه مما لا يتكرر دخوله دخل لغير قتال وهو ممن يصح إحرامه، فإذا دخل بغير إحرام لزمه دم كما لو أراد حجاً أو عمرة.

فصل : إذا ثبت أنه يلزمه الإحرام، فإن خالف ولم يحرم حتى دخل مكة يثبت في ذمته الدم، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي : على القول الذي يوجب الإحرام أنه يسقط عن بالمجاورة محلاً. دليلنا : أنه إحرام واجب فلا يسقط بالمخالفة كما لو كان إحراماً منذوراً، أو واجباً بأصل الشريعة.

٧٢١- **مسألة :** إذا أحرم بحجتين معاً، انعقد بأحدهما^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣) : فيقضي في أحدهما ويرتفع الأخرى يأتي به في العام الثاني. وقال داود : لا يصح فيهما. فالدلالة عليه أولاً إن الزمان لا يتسع لهما أو يحتملها فيجب أن يصح فيما يحتمله ويلغو في الآخر، كما لو هادن الإمام أهل بلد زيادة على قدر الحاجة، وكما لو باع مباحاً ومحظوراً، ونخصهما بأنه إحرام بعبادتين لا يمكن المضي فيهما بحال، فلا يمضي فيهما كما لو أحرم بصيامين وصلاتين، ولا يلزم إذا أحرم بحجة وعمرة وضاق الوقت، لأن ذلك قد يمكن المضي فيهما بحال، وهو عند اتساع الوقت، ولأن الإحرام ركن من أركان الحج فلا ينعقد عن حجتين كالوقوف والطواف.

٧٢٢- **مسألة :** لا يصح إدخال العمرة على الحج، ويصح إدخال الحج على العمرة^(٤)، وقال أبو حنيفة ومالك^(٥) : يصح إدخال كل واحد منهما على الآخر،

(١) جاء في الكافي: ٣٩٤/١: (وإن أحرم بحجتين أو عمرتين، انعقد إحرامه بأحدهما ولا يلزمه للأخرى قضاء، ولا غيره، لأنهما عبادتان لا يلزم المضي فيهما فلم يصح الإحرام بهما كالصلاتين).

(٢) مواهب الجليل: ٤٨/٣، والمجموع: ٢٣٥/٧.

(٣) فتح القدير: ٢٩١/٢.

(٤) قال ابن قدامة: (فإن أحرم بحج ثم أدخل عليه عمرة لم يصح، ولم يصبر قارناً، لأنه لم يرد بذلك أثر، ولا هو في معنى ما جاء به الأثر). الكافي: ٣٩٥/١.

(٥) انظر: المدونة: ٤٠٦/١.

وعن الشافعي كالمذهبيين^(١) دليلنا: أن من أصلنا أن القارن يكتفي بطواف واحد وسعي واحد كالمفرد، فإذا أدخل العمرة على الحج فما استفاد بذلك إلا ما استفاد بالعقد الأول، فلا يصح كرجل استأجر داراً ثم عاد استأجر تلك المدة بعينها دفعة ثانية، وعكسه إذا أحرم بعمره ثم أدخل عليها الحج.

٧٢١- مسألة: الإحرام بحج أو عمرة لا يخرج منه بالإفساد^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال داود: يخرج منه كما يخرج من جميع العبادات. دليلنا: ما روي أن رجلاً من جذام أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني أصبت زوجتي في الحج. فقال النبي ﷺ: «أتما حجكما فإذا كان من قابل فاقضيا وإذا بلغتما الموضع فأحرما وتفرقا ولا يؤاكل أحكما صاحبه»^(٣)، ولأن الإفساد معنى يجب به القضاء فلا يحصل به الخروج كالقوات.

فصل: إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما في حالة القضاء، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما تقدم من الحديث، ولأنه إذا اجتمعا في الموضع تذكر الفعل، وربما تآقت نفسه إلى جماعها فيؤدي إلى إفساد الصيام، فيجب أن يمنعا منه كدواعي الجماع^(٤).

(١) جاء في المهذب: ٣٧٦/١: (إن قلنا: يجوز إدخال العمرة على الحج أجزاءً عن العمرة أيضاً، وإن قلنا: لا يجوز.. ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يجزئه... والثاني: أنه يجزئه).

(٢) جاء في المستوعب: ٥٥١/١: (لو فعل جميع محظورات الإحرام بعد التحلل الأول وقبل التحلل الثاني لم يفسد الحج).

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى: ١٦٦/٥ بلفظ قريب من هذا.

(٤) هذه مسألة وقع الخلاف فيها، وملخصها: أن الرجل إذا جامع زوجته قبل التحلل وفسد حجه فإنه يلزمه القضاء. ولكن الخلاف وقع في هل يفرقان في القضاء أم لا؟. لقد لخص ابن رشد هذه المسألة بقوله: (جمهور الفقهاء على أنهما إذا حجا من قابل تفرقا) (أعني الرجل والمرأة)، وقيل: لا يفرقان. والقول بأن لا يفرقا يروى عن بعض الصحابة والتابعين، وبه قال أبو حنيفة، واختلف قول مالك والشافعية من أين يفرقان...؟ فقال الشافعي: يفرقان من حيث أفسد الحج، وقال مالك: يفرقان من حيث أحرم إلا أن يكونا أحرم قبل الميقات. انظر: بداية المجتهد: ٣٧١/١.

فصل : ويكون الافتراق في الموضع الذي كان في الجماع خاصة، وبه قال الشافعي، وقال مالك : يفترقان في الجميع من حين الإحرام بالقضاء. دليلنا : ما تقدم من الخبر والقياس.

٧٢٤- **مسألة :** إذا وطء قبل الوقوف فعليه بدنة، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة شاة^(٢). دليلنا : أنه مذهب عمر وعني وابن عباس، ولأنه وطء في إحرام حج تام أشبه بعد الوقوف، ولأنه من محظورات الإحرام فاستوى فيه قبل الوقوف وبعده لجميع المحظورات.

فصل : فإن وطء بعد الوقوف وقبل التحلل الأول فسد حجه وعليه بدنة، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : لا يفسد، وعليه بدنة. دليلنا : ما تقدم من القياس أحدهما : على قبل الوقوف، والثاني : على سائر المحظورات.

فصل : فإن وطء بعد التحلل الأول لم يفسد حجه^(٣) وعليه إحرام يأتي فيه بأفعال عمرة، وبه قال مالك ، وقال أكثرهم : يأتي بطواف من غير إحرام. دليلنا : ما روى النجاد بإسناده عن ابن عباس أنه قال في الذي يأتي زوجته قبل النفر : عليه هدي وليعتمر، ولأن الطواف من أركان الحج فاحتاج إلى إحرام تام كالوقوف، وإذا ثبت ذلك فقد فسد الإحرام بالوطء فاحتاج إلى أن يستأنف إحراماً.

(١) قال البهوتي: (النوع الثالث من القرب الثاني: (فدية الوطاء) ويجب بالوطء في حج قبل التحلل الأول: بدنة) انظر: شرح منتهى الإرادات: ٣٦/٢، والمهذب: ٣٩٣/١.

(٢) جاء في فتح القدير: ٤٤/٣: (وإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة).

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣٣/٢: (والوطء بعد التحلل الأول لا يفسد نسكه لقول ابن عباس في رجل أصاب أهله قبل أن يفيض يوم النحر: ينحran جزوراً بينهما، وليس عليه حج من قابل رواه مالك، ولا يوف له مخالف من الصحابة). انظر: بداية المجتهد: ٣٧١/١.

٧٢- مسألة: إذا تحلل التحلل الأول أبيح له جميع المحظورات إلا النساء^(١) بمعنى الجماع في الفرج خاصة، وبه قال أبو حنيفة، وهو ظاهر كلام أحمد رحمه الله، وظاهر كلام أصحابنا: أنه يعم الوطء ودواعيه، وقال الشافعي^(٢): لا يباح الوطء في الفرج، وفي دواعيه قولان؛ وهكذا عقد النكاح، وهكذا الاصطياد والطيب، ويباح ما عدا ذلك قولاً واحداً. دليلنا: قوله ﷺ: «إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء إلا النساء»^(٣)، ولأنها حالة يباح فيها اللباس فأبيح الاصطياد والطيب. دليله بعد التحلل الثاني.

٧٢- مسألة: إذا أنزل عن استمتاع فيما دون الفرج فسد حجه، وبه قال مالك. وفيه رواية أخرى: لا يفسد، وبه قال أكثرهم^(٤) وجه الأولى: أنها عبادة تفسد بالوطء في الفرج أشبه الصيام.

فصل: فإن وجد هذا الاستمتاع ولم يتعقبه إنزال ففيه بدنة. وفي رواية أخرى: شاة، وبه قال الشافعي، وهي اختيار الخرقى^(٥) وجه الأولى: إنه استمتاع أثر في إيجاب الدم فكان بدنه كما لو كان في الفرج، ولا يلزم بعد التحلل الأول، لأنه يستوي فيه الأصل والفرع.

(١) جاء في المستوعب: ٥٩٤/١: (ويستبيح الحاج بالتحلل الأول جميع محظورات الإحرام إلا النساء.. اختارها أكثر أصحابنا).

(٢) الحاوي: ٢٦٠/٥، وفتح العزيز: ٣٨٣/٧، والوسيط: ٦٦١/٣.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٣٦/٥، وأحمد في المسند: ١٤٣/٦، والدارقطني في السنن: ٢٧٦/٢.

(٤) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣٣/٢: (التاسع: المباشرة من الرجل للمرأة فيما دون الفرج لشهوة اللذة واستدعاء الشهوة المنافي للإحرام، ولا تفسد المباشرة النسك ولو أنزل، لأنه لا نص فيه ولا إجماع).

(٥) جاء في الكافي: ٤٥٩/١: (ومن وطئ دون الفرج أو قبل أو لمس فلم ينزل لم يفسد حجه، وإن أنزل ففيه روايتان؛ أحدهما: يفسد حجه، لأنه إنزال عن مباشرة أشبه الوطء في الفرج.. والأخرى: لا يفسد حجه، وهي أصح).

٧٢٧- مسألة: إذا كرر النظر حتى أنزل فعليه دم^(١)، وهل هو شاة أم بدنة؟
على روايتين. وقال أكثرهم: لا شيء عليه. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن
ابن عباس أنه قال: «في محرم نظر فأنزل عليه بدنة»^(٢)، وفي لفظ آخر: «شاة»،
ولأنه إنزال عن سبب محظور أشبه المباشرة.

٧٢٨- مسألة: إذا تلوط أو جامع امرأة في الدبر فسد حجه، وبه قال أكثرهم^(٣)
خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أحد السبيلين أشبه القبل، ولأنه يجب الغسل بالإيلاج
فيه أشبه ما ذكرنا.

٧٢٩- مسألة: وطء الناسي يفسد، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأحد قولي
الشافعي^(٥). دليلنا: أنه معنى يوجب قضاء الحج فاستوى عمده وخطؤه
كالقوات، ولأنها عبادة تبطل بالوطء عامداً فبطلت به ساهياً كالصلاة.

٧٣٠- مسألة: الوطء في العمرة يوجب شاة^(٦)، وقال الشافعي: بدنة، ووافقنا
أبو حنيفة^(٧). دليلنا: أنها عبادة يجب بالوطء فيها كفارة فلا تعم تلك الكفارة
جميع أنواعها كالصيام، ولأن ما بعد التحلل الأول لما نقص عما قبله لم
يساويه في الكفارة كذلك ها هنا.

-
- (١) جاء في المستوعب: ٥٥٣/١: (فإن أمنى بتكرار النظر، فهل تلزمه شاة أو بدنة؟ على روايتين.
(٢) أخرجه ابن الجعد في مسنده: ص ٥٨.
(٣) جاء في المغني لابن قدامة: ١٦٩/٥: (وإن وطئ دون الفرج فلم ينزل فعليه دم، وإن أنزل
فعليه بدنة وقد فسد حجه. أما إذا لم ينزل لا يفسد بذلك.. لا نعلم أحداً قال بفساد حجه،
لأنها مباشرة دون الفرج. أما إذا أنزل فعليه بدنة، وفي فساد الحج روايتان)، وقال النووي:
(والوطء في الدبر واللواط وإتيان البهائم كالوطء في القبل) المجموع: ٣٥٧/٧.
(٤) قال ابن قدامة: (والعمد والنسيان في الوطء سواء. نص عليه أحمد فقال: إذا جامع أهله بطل
حجه، لأنه لا شيء يقدر على رده). انظر: المغني: ١٧٣/٥.
(٥) المجموع: ٣٤٤/٧.
(٦) جاء في المستوعب: ٥٥٣/١: (وكفارة الوطء في الفرج إن كان في الحج بدنة، وإن كان
في العمرة فشاة).
(٧) انظر: المجموع: ٣٨١/٧-٣٨٢، وشرح المحلى: ١٣٦/٢، وفتح القدير: ٢٤١/٢.

٧٣- **مسألة:** القارن والمتمتع إذا وطئا لم يسقط عنهما دم المتمتع والقران^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، ولأن ما بعد التحلل الأول لما نقص عما قبله لم يساويه في الكفارة، كذلك هاهنا.

٧٣١- **مسألة:** القارن إذا وطء فعليه دم وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: دمان^(٣)، ويتخرج على المذهب مثله. دليلنا: أنه ناسك يكتفى بحلاق واحد أشبه المفرد.

٧٣١- **مسألة:** الدماء المتعلقة بالإحرام يختص تفريقها بالحرم إلا دم الإحصار والحلاق، وعلى قياسه دم اللباس، وبه قال الشافعي^(٤)، إلا أنه استثنى دم الإحصار فقط، وقال أكثرهم: الذبح خاصة يختص الحرام. دليلنا: أن التفرقة أحد مقصودي الهدى أشبه الذبح، ولأن الحقوق ضربين مالية وبدنية، ثم من البدنية ما يختص بمكان، كذلك المالية وليس إلا هذا.

فصل: والدلالة على الشافعي: أن علي بن أبي طالب حلق رأس ولده الحسن على بعض المياه ثم نحر عنه جزوراً وتصدق به، وأيضاً فإن الحل محل للحلاق بدلالة أنه لو أخر الحلاق حتى خرج إلى الحل فإنه يحلق، ولأنه إذا أحصر في الحل حلق كما أنه محل للتحلل من الإحصار، ثم دم الإحصار يجزي تفريقه في الحل كذلك الحلاق.

(١) جاء في المستوعب: ٥٥٣/١: (وإذا أفسد المتمتع أو القارن نسكه لم يسقط دم التمتع والقران وأجزأه للقارن كفارة واحدة. نص عليه).

(٢) جاء في المذهب: ٣٩٤/١: (وإن وطء وهو قارن وجب مع البدنة دم القران، لأنه دم وجب بغير الوطء فلا يسقط بالوطء كدم الطيب).

(٣) المسلك المتقسط: ص ٢٢٧.

(٤) جاء في الكافي: ٤٢٨/١: (وما وجب من الهدى والإطعام جزاء للصيد، لزمه إصالة إلى مساكن الحرم، وكذلك دم التمتع والقران، لأنه نسك...). وقال الشيرازي: (وإذا وجب على المحرم دم لأجل الإحرام كدم التمتع أو القران، ودم الطيب، وجزاء الصيد وجب صرفه إلى مساكن الحرم لقوله تعالى: ﴿هدياً بالغ الكعبة﴾. انظر: الأصل: ٤٣٣/٢، والمدونة: ٣٨٦/١، والمزني: ص ٧٣).

٧٣٤- مسألة: إذا كان قد نذر هدياً لا يعينه، ثم ذبح هدياً وتلف اللحم سرقة أو نحوها، لم يلزمه الإعادة،^(١) وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي. دليلنا: أنه قد تعين بالذبح بدلالة أنه يجب صرفه إلى الفقراء، فهو كما لو عينه بالنذر.

٧٣٥- مسألة: إذا فسد الحج وأراد القضاء، فإنه يلزمه من أقصى الموضعين^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أكثره: يلزمه الإحرام من الميقات.^(٤) دليلنا: أن ما دون الميقات إلينا مسافة كان يلزمه قطعها في الأداء فلزمه في القضاء. دليله: ما وراء الميقات إلى مكة، ولأن بعضهم قد قال: لو نذر الإحرام من الميقات ثم أفسده قضى منه كذلك ها هنا.

٧٣٦- مسألة: إذا فاته الإحرام بالحج انقلب إحرامه إحرام عمرة، وهو اختيار الخرقى وأبي بكر، وبه قال أبو يوسف^(٥)، واختار ابن حامد أن الإحرام بحاله، وبه قال أكثرهم. دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن عطاء: أن النبي ﷺ قال في الذي فاته الحج: عليه دم وليجعلها عمرة وليقضي من قابل، ويروى عن عمر وابن عمر وابن عباس كذلك، ولأنه يأتي بأفعال عمرة فكان محرماً بعمرة كالذي أحرم بعمرة، ولأنه لو كان إحرامه بالحج باقياً لوجب أن يأتي فيه بأفعال الحج إذا بقي إلى العام المقبل. وفائدة هذه المسائل: إذا قلنا إنه محرم بعمرة صح أن يدخل عليه الحج.

- (١) جاء في المستوعب: ٦٤٣/١: (فإن تلف قبل محله بغير تفريط منه فلا شيء عليه).
- (٢) قال ابن قدامة: (ويجب عليهما الإحرام للقضاء من حيث أحرمنا أولاً، أو من قدره إن سلك طريقاً غيرها، لأنه قضاء للعبادة فكان على وقفها كقضاء الصلاة). الكافي: ٤٥٨/١.
- (٣) قال الشيرازي: (ويجب الإحرام في القضاء من حيث أحرم في الأداء، لأنه قد تعين ذلك بالدخول فيه فإذا أفسده وجب قضاؤه كحج التطوع ... الخ). انظر: المهذب: ٣٩٣/١.
- (٤) جاء في المدونة: ٤١٧/١: (قلت لأبي القاسم: رأيت من أفسد حجه بإصابة أهله من أين يقضيها. قال: قال مالك: من حيث أحرم بهما إلا أن يكون إحرامه الأول كان من أبعد الميقات، فليس عليه أن يحرم الثانية إلا من الميقات).
- (٥) جاء في الكافي: ٤٥٩/١: (ومن لم يقف بعرفة حتى طلع الفجر يوم النحر فقد فاتته الحج .. وعليه أن يتحلل بأفعال عمرة). انظر: المستوعب: ٦١٣/١، وفتح القدير: ١٣٥/٣.

٧٢- **مسألة:** إذا فاته حج التطوع كان عليه القضاء، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروایتين عن أحمد^(١). دليلنا: ما تقدم من حديث عطاء وقول الصحابة، ولأنه لم يكمل أفعال نسكه بتفريط منه أشبه إذا أفسد إحرامه، ولا يلزم المحصر على إحدى الروایتين، لأنه غير مفرط.

فصل: ويلزمه الهدى^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما تقدم من حديث عطاء، ولأنه معنى يجب به القضاء فوجب به الهدى كالإفساد، ولأنه لم يكمل أفعال نسكه أشبه المحصر.

فصل: إذا ثبت الهدى فإنه يخرج في سنة القضاء^(٣)، وبه قال بعض الشافعية، وقال بعضهم: يتحلل به عند الفوات كما يتحلل المحصر بالذبح. دليلنا: أنه مروي عن عمر وابن عمر، ولأن هذا التحلل جعل بين إحرامين ليستبيح ما كان محظوراً عليه في الإحرام، فالدم الواجب لأجله يكون بعد الفراغ من العبادات كهدي التمتع على أصلنا ويفارق سائر الدماء، لأنها لم تجعل لهذا المعنى.

(١) قال ابن قدامة: (لا قضاء عليه إن كان نفلاً). الكافي: ٤٦٠/١.
(٢) جاء في المستوعب: ٦١٣/١: (ويجب على ما استيسر من الهدى لأجل الفوات).
(٣) جاء في المستوعب: ٦١٤/١: (إن قلنا عليه القضاء أخرجه في سنة القضاء).

مسائل

جزاء الصيد

٧٣٨- مسألة: إذا قتل الصيد خطأ ففيه الجزاء، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود وإحدى الروایتين عن أحمد. ^(١) دليلنا: ما روى جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال: «الضبع صيد إذا أصابه المحرم، وفيه كبش مسن» ^(٢)، ولأنه حيوان يجب بإتلافه كفارة، فوجب بقتله خطأ كفارة كالأدمي.

٧٣٩- مسألة: إذا تكرر قتل الصيد تكررت الكفارة، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود ^(٣) في قوله: لا كفارة فيما زاد على الأول، وعن أحمد نحوه. دليلنا: قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ.. الْآيَةَ﴾ ^(٤)، فذكر الصيد بالآلف واللام فاقتضى الجنس، ولأنه حيوان يجب بقتله كفارة أشبه الأدمي.

٧٤٠- مسألة: إذا قتل من الصيد ما له مثل من النعم فعليه مثله، وبه قال أكثرهم ^(٥)، وقال أبو حنيفة ^(٦): عليه قيمة الصيد إن شاء أخرجها وإن شاء

(١) جاء في المغني: ٣٩٥/٥: (ومن قتل وهو محرم من صيد البر عامداً أو مخطئاً فذاه بنظيره من النعم). وجاء في الكافي: ٤١٤/١: (وإن قتل الصيد مخطئاً فعليه جزاؤه وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، لأنه ضمان مال فأشبه ضمان الأدمي، وعنه: لا جزاء عليه).

(٢) رواه الدارقطني في سننه، كتاب الحج، باب المواقيت: ٢٤٥/٢، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحج، باب فدية الضبع: ١٨٣/٥، والحاكم في المستدرک، كتاب المناسك: ٤٥٣/١.

(٣) جاء في الممتع: ٣٩٣/٢: (وإن قتل صيداً بعد صيد، فعليه جزاؤهما، وعنه عليه جزاء واحد). والرواية الأولى أصح، لأن جزاء الصيد كفارة عن قتل فاستوى منها المبتدئ والعائد، كقتل الأدمي).

(٤) سورة المائدة: الآية: ٩٥.

(٥) قال ابن قدامة: (ما له مثل من النعم فيجب فيه مثله لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعِداً فَجْزَاءً مِثْلَ مَا قَتَلَ مِنَ النِّعَمِ﴾. انظر: الكافي: ٤١٩/١، والممتع: ٤٠١/٢).

(٦) جاء في فتح القدير: ٧٣/٣: (والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه، أو في أقرب المواضع منه إذا كان في برية فيقومه ذوا عدل، من حيث أنه صيد لا من حيث ما زاد عليه صنعة).

صرفها في المثل. دليلنا: قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾^(١)، وقوله ﷺ: «الضبع صيد إذا أصابه المحرم وفيه كبش»، ولأنه حيوان مخرج في الكفارة، فكان أصلاً كالعتق في الكفارات، وعنده أنه بدل عن القيمة.

٧٤١- مسألة: إذا قتل صيداً لم يحكم فيه الصحابة بمقدر، رجع إلى قول عدلين، وإن كانا قاتلين، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لمالك^(٣). دليلنا: أنه يتعلق به حق الله وحق الآدمي فجاز أن يكون من وجب عليه أميناً فيه كالزكاة.

٧٤٢- مسألة: إذا كان الصيد صغيراً أو عوراً ضمنه بمثله^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال مالك: بصحيح كبير. دليلنا: قوله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل﴾^(٦)، ولأن الصحابة قضت في اليربوع بجفرة، وفي الأرنب بعناق، والعناق أكبر من الجفرة، لأن الأرنب أكبر من اليربوع، ولأن ما ضمن باليد والجنابة اختلف بالكبير والصغير كالأموال وعكسه الآدمي.

٧٤٣- مسألة: إذا جرح صيداً، أو قطع منه عضواً ضمنه بما نقص، وبه قال أكثرهم^(٧)، وقال مالك وداود: لا ضمان. دليلنا: أن ما ضمن جملته ضمن أبعاضه كالصيد المملوك.

(١) سورة المائدة: الآية: .

(٢) الكافي: ٤٢٠/١.

(٣) المدونة: ٤٤٤/١.

(٤) جاء في الكافي: ٤٢١/١: (وفي كبير الصيد مثله، وفي صغيره صغير مثله، وفي كل واحد من الصحيح والمعيب مثله).

(٥) جاء في المذهب: ٣٩٦/١: (ويجوز أن يفدي الصغير بالصغير والكبير بالكبير).

(٦) سبق تخريجها في المسألة (٧٤٠).

(٧) قال الشيرازي: (وفيه روايتان: يلزمه ضمان ما نقص، والثانية: يلزمه جزاء كامل). المذهب: ٣٩٨/١.

٧٤٤- مسألة: الحمامة^(١) مضمونة بشاة^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال مالك :

حمامة الحرم في الحرم بشاة ، وفي حمام الحل حكومة. دليلنا: أنه حمامة مضمونة فيه كحمامة الحرم فيه.

٧٤٥- مسألة: يضمن مادون الحمام بقيمته كالعصافير ونحوها^(٤)، وقال داود:

لا يضمن ذلك. دليلنا: أنه صيد حرم قتله لحق الله تعالى، فكان مضمونا كسائر الصيد، وقد دل على الوصف قوله تعالى: ﴿ لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حَرَمٌ ﴾^(٥).

٧٤٦- مسألة: ما حكم فيه صحابيان استقر حكمهما فيه ولا يعدل عنه^(٦)، وبه

قال الشافعي، وقال أكثرهم : يستأنف الحكم فيه، والمقصود بالخلاف مالك، لأن أبا حنيفة يوجب القيمة وله الخيار في إخراجها في المثل. دليلنا: أنه صيد حكم فيه صحابيان فلا يعدل عنه كالذي حكما فيه في وقتها، ولأنهم أعرف بالأحكام لأنهم حضروا التأويل وشاهدوا التنزيل، فكان الرجوع إليهم أولى.

٧٤٧- مسألة: بيض النعامة مضمون، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود.^(٧) دليلنا:

ما روى النجاد بإسناده أن النبي ﷺ : «قضى في بيض النعامة يصيبه المحرم

(١) الحمام: كل ما عب الماء وهدر .. وقال الكسائي: كل مطوق حمام.

(٢) انظر: الكافي : ٤٢٢/١ .

(٣) المدونة : ٤٥٠/١ .

(٤) جاء في الكافي : ٤٢١/١ : (والثاني: ما لا مثل له، وهو الطير وشبهه من صغار الصيد ففيه قيمته إلا الحمام فإن فيه شاة).

(٥) سورة المائدة : الآية : ٩٣ .

(٦) جاء في المستوعب: ٥٦١/١ : (ويرجع معرفة المثل والقيمة إلي ما قضت به الصحابة فإن كان مما لا تقض فيه الصحابة بشيء رجع إلى قول عدلين من أهل الخبرة بالتقويم وبالنظر فينظر إلى أقرب الأشياء شبهاً به فيحكمان فيه بذلك).

(٧) جاء في المستوعب: ٥٦٢/١ : (ويضمن بيض الصيد ولبنه بقيمته)، وجاء في المذهب: ٣٩٦/١ : (وإن كسر بيض صيد ضمنه بالقيمة).

بثمنه»^(١)، ولأنه لا مثل له من النعم فهو كصغار الصيد، وقد دللنا على ذلك.

فصل: ويكون الضمان بالقيمة، وقال مالك : بعشر قيمة البدنة. دليلنا: ما تقدم من الحديث والقياس فلا وجه لإعادته.

٧٤٨- مسألة: إذا جرح الصيد وغاب لا يدر أي ما كان منه فعليه الضمان^(٢)، وبه قال مالك، وقال الشافعي : لا ضمان. دليلنا: أن الجراحة سبب في الموت كالضربة ثم لو ضرب بطن الصيد فألقت جنيناً ميتاً ضمنه، وإن لم يتحقق موته منها كذلك ها هنا.

٧٤٩- مسألة: كفارة الصيد على التخيير، وبه قال أكثرهم^(٣)، وفيه رواية أخرى: على الترتيب، وبه قال ابن عباس، وابن سيرين، والشافعي في القديم، وصفة التخيير فما له مثل النظير، أو قيمة النظير يشتري بها طعاماً يعطي الفقراء، أو يصام عن كل مد منه يوماً، وإن كان الصيد مما لا مثل له قبل له التخيير بين شيئين : الإطعام أو الصيام. دليلنا: أن الله ذكر ذلك بلفظ التخيير فهو كفدية الأدنى.

٧٥٠- مسألة: لا يأكل المحرم ما صيد لأجله، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر : « كلوا الصيد وأنتم حرم ما لم

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٠٨/٥، والشافعي في مسنده: ص ١٣٣.

(٢) جاء في الكافي: ٤٢٣/١ (وإن غاب ولم يعلم خبره فعليه الضمان) انظر: الممتع: ٤٠٩/٢.

(٣) انظر: الكافي: ٤٢٢/١ حيث قال ابن قدامة: (ومن وجب عليه جزاء الصيد فهو مخير، وعنه رواية ثانية: أنها للترتيب).

(٤) جاء في المدونة: ٤٤٥/١: (قلت: فما ذبح للمحرم من الصيد وإن ذبحه رجل حلال قال مالك: ما ذبح للمحرم من الصيد فلا يأكله حلال ولا حرام).

وجاء في كشاف القناع: ٤٣١/٢: (وكذا يحرم على المحرم أكل ما صيد لأجله نقله الجماعة).

تصيده أو يصاد لكم»^(١)، ولأنه صيد لأجله أشبه إذا دل عليه، أو أشار إليه.

فصل: فإن أكل منه فعليه الضمان^(٢) خلافاً لأحد قولي الشافعي. دليلنا: أنه إتلاف ممنوع منه لحرمة الإحرام أشبه قتل الصيد.

٧٥١- مسألة: إذا قتل المحرم صيداً وأكل منه فلا ضمان عليه لأجل الأكل^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه ضمنه بإتلافه أشبه صيد الحرم في حق المحل وشجره أيضاً، ولأنه ميتة فهي كسائر الميتات.

٧٥٢- مسألة: إذا ذبح المحرم صيداً فهو ميتة^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال الشافعي في إحدى قولي: هو حلال. دليلنا: أن ما لا يباح في حق الذابح لا يحل في حق غيره كما لو أخل بمحل الذبح، ويزيد بالوصف ما دام محرماً حتى يسلمه المخالف.

فصل: فإن قتل الحلال صيداً في الحرم فهو ميتة أيضاً، وذهب أكثر أصحاب أبي حنيفة إلى أنه ليس بميتة. دليلنا: أن حرمة الحرم كحرمة الإحرام في جزاء الصيد، ثم ذلك ميتة، كذلك هذا.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک: ٦٢١/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٩٠/٥.

(٢) جاء في كشف القناع: ٤٣٥/٢: (وعلى المحرم الجزاء إن أكل ما صيد لأجله، لأنه إتلاف منع منه بسبب الإحرام فوجب عليه الجزاء).

(٣) قال البهوتي: (بخلاف قتل المحرم صيداً، ثم يأكله، فإنه يضمنه لقتله لا لأكله، نص عليه، لأنه مضمون بالجزاء فلم يتكرر إيتلافه بغير أكله). انظر: كشف القناع: ٤٣٥/٢.

(٤) جاء في المستوعب: ٥٤٢/١ (ولا يباح أكله بل يكون ميتة على قول القاضي وابن أبي موسى).

(٥) جاء في فتح القدير: ٩٠/٣: (وإن ذبح المحرم صيداً فذبيحته ميتة لا يحل أكلها، وقال الشافعي رحمه الله في أحد قولي: إذا ذبحه المحرم لغيره حل، لأنه عامل له حيث ذبحه له).

٧٥٣- مسألة: إذا دل المحرم على الصيد لغيره فعليه الجزاء^(١)، وبه قال أبو حنيفة^(٢) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: ما روى أبو قتادة إنه لما أتى أصحابه وهم محرمون بحمار وحشي سألوا النبي ﷺ فقال: «هل أشرتُم، هل أعنتُم فقالوا: لا، قال: كلوا»^(٣)، فسوى بين الإشارة والإعانة ومثله الإعانة توجب الجزاء، كذلك الإشارة، ولأن الضمان أحد موجبي قتل الصيد أشبه تحريم الأكل.

فصل: فإن دل مُحل على صيد في الحرم فقتله، فعليه الجزاء^(٤)، وقال أبو حنيفة: إن كان المدلول ممن يجب عليه الجزاء لم يجب على الدال، وإن كان ممن لا يجب عليه كالصبي والكافر وجب الجزاء. دليلنا: أنه صيد يضمن بالدلالة إذا لم يتعلق على غيره ضمان، كذلك وإن تعلق كالصيد في حق المحرم، ولأنه وجد منه السبب فهو كما لو حفر بئراً.

٧٥٤- مسألة: إذا اشترك جماعة في قتل صيد فعليهم جزاءً واحداً^(٥)، وبه قال الشافعي^(٦)، وقال أكثرهم: على كل واحد جزاء كامل. دليلنا: أنه قول عمر وابن عمر وعبدالرحمن بن عوف وابن عباس، ولأنه بدل متلف يحتمل التبعية، أشبه دية الآدمي والأموال وصيد الحرم.

(١) جاء في كشف القناع: ٤٣٣/٢: (يضمن المحرم الصيد بالدلالة عليه، والإشارة إليه، والإعانة عليه).

(٢) المسلك المتقسط: ٢٤٣ و ٢٤٦.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب الهبة وفضلها، باب من استوهب من أصحابه: ٢٠٢/٣، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب تحريم الصيد للمحرم: ٨٥١/٢، وأبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب لحم الصيد للمحرم: ٤٢٩/١.

(٤) جاء في المستوعب: ٥٦٥/١: (وإذا دل الحلال من الحل حلالاً أو محرماً على صيد في الحرم فقتله، فالجزاء بكماله على القاتل).

(٥) جاء في الكافي: ٤٢٢/١: (وإن اشترك جماعة في قتل صيد، فعليهم جزاء واحد، وعنه على كل واحد جزاء، لأنها كفارة قتل، أشبهت كفارة قتل الآدمي).

(٦) انظر: المهذب: ١٩٧/٣.

فصل: فإن كان التكفير بالصيام لزم كل واحد صيام تام^(١) وهو المنصوص، وذهب أصحاب الشافعي إلى أنه يتبعض، وهو اختيار ابن حامد وجه الأولى: أنه تكفير بالصيام فكمّل كالיום الواحد، ولأنه حق على البدن وفيه معنى العقوبة فلا يتبعض كالحدود.

٧٥٥- مسألة: القارن إذا قتل الصيد فعليه جزاء واحد، وبه قال أكثرهم^(٢)، ويتخرج جزاء ثانياً، وبه قال أبو حنيفة^(٣) وجه الأولى: إنهما حرمتان يجب بقتل الصيد في كل واحد منهما جزاء فوجب بهما جزاءً واحداً إذا اجتمعا كحرمة الحرم والإحرام، ولأنه نقض يجب به على المفرد فدية واحدة، كذلك على القارن كمجاوزة الميقات محلاً.

٧٥٦- مسألة: لا ضمان على المحرم بقتل السبع، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبو حنيفة: إذا ابتدأ بقتله فعليه الضمان. دليلنا: ما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ سئل عما يحل للمحرم قتله فقال: «الحية والعقرب والفويسقة ويرمي الغراب ولا يقتله، والكلب العقور والحدأة والسبع العادي»^(٥)، ولأنه بهيمة لا يضمن بمثله ولا بقيمته، فلا يكون مضموناً كحشرات الأرض أو متولدهما لا يحل أكل شيء من جنسه، أشبه الذئب.

(١) جاء في المستوعب: ٥٦٥/١: (وإذا لزم جماعة جزاء صيد وقتلنا: لا يلزم كل واحد منهم من الجزاء إلا بقدر حصته فكفروا بالصوم لزم كل واحد منهم صوم كامل. نص عليه).
(٢) جاء في المستوعب: ٥٦٥/١: (وإذا قتل القارن صيداً لزمه جزاء واحد. نص عليه). وجاء في المدونة: ٤٤٤/١: (ما قول مالك فيمن قرن الحج والعمرة فأصاب صيداً وهو محرم قارن، قال مالك: عليه جزاء واحد).

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ص ٧١، والقُدوري: ص ٣١، والمبسوط: ٨١/٤.

(٤) جاء في المستوعب: ٥٤٦/١: (وقال في رواية حنبل: يقتل المحرم الكلب العقور، والذئب السبع، وكل ما عدا عليه من السباع، ويقتل النسر والقرد والعقاب إذا وثب عليه، ومن قتل شيئاً من هذه الأشياء سواء عدا عليه أو لم يعد فلا شيء عليه).

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢١٠/٥، وأبو داود في سننه: ١٧٠/٢، وأحمد في

٧٥٧- مسألة: يجوز للمحرم أن يقرء بغيره^(١)، وقال مالك : لا يجوز. دليلنا: أنه مروى عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس، ولأنه مضرة بلا منفعة أشبه العقرب ، ولا يلزم للقمل على أحد الروایتين ، لأن فيه ترفه في بدنة.

٧٥٨- مسألة: إذا صال الصيد على محرم فقتله، فلا ضمان عليه، ذكره شيخنا^(٢)، وبه قال الشافعي. وقال أبو بكر : يضمنه، وبه قال أبو حنيفة. دليلنا: أنه إتلاف بسبب جائز أشبه إتلاف العبد الصائل.

٧٥٩- مسألة: إذا قتل المحرم صيداً مملوكاً فعليه الكفارة، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لداود. دليلنا: إنها كفارة تجب بقتل الحيوان الذي ليس بمملوك فوجب بقتل المملوك ككفارة الآدمي.

٧٦٠- مسألة: إذا أحرم وفي يده صيد لم يزل ملكه عنه ، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً للشافعي^(٥) في أحد قوليه. دليلنا: أنه ملك من أملاكه أشبه سائر أملاكه، ولأن الإحرام عبادة أشبه بقية العبادات.

فصل: إذا ثبت إنه لم يزل، فإن كانت يده عليه حكمية، لم يؤمر بإزالتها، وإن

(١) جاء في المذهب: ٣٨٨/١: (فإن كان مما يضر ولا ينفع كالبق والبرغوث والقمل فالمستحب أن يقتله وإن كان مما ينتفع به ويستضر به فلا يستحب قتله لما فيه من المنفعة ولا يكره مما فيه من مضرة).

(٢) جاء في المغني: ٣٩٦/٥: (إذا صال عليه صيد فلم يقدر على دفعه إلا بقتله، فله قتله ولا ضمان عليه، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو بكر: عليه الجزاء وهو قول أبي حنيفة، لأنه قتله لحاجة نفسه، أشبه قتله لحاجته إلى أكله. ولنا: أنه حيوان قتله لدفع شره فلم يضمنه). انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٣٣٦/٣.

(٣) انظر: المغني: ٤١٩/٥.

(٤) قال ابن قدامة: (إذا أحرم الرجل وفي ملكه صيد لم يزل ملكه عنه ولا يده الحكمية.. ولا شيء عليه إن مات، وله التصرف فيه بالبيع والهبة وغيرها). انظر: المغني: ٤٢٢/٥.

(٥) جاء في مغني المحتاج: ج١، ص ٥٢٥: (وإن كان في ملكه صيد فأحرم زال ملكه عنه ولزمه إرساله، لأنه لا يراد للدوام فتحرم استدامته كاللباس).

كانت متشاهدة أمر بإرساله^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي : على القول الذي يقول : الملك باق قولان في زوال يده، ولا فرق عنده بين المشاهدة والحكمية، فالدلالة على أن المشاهدة يجب رفعها أنه فعل في الصيد فهو كالذبح وعكسه الحكمية.

فصل : ولا ضمان على من أزال يد المشاهدة عنه^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن المحرم مأمور بإرساله، فإذا أزال الغير يده فقد فعل ما وجب عليه فعله، فأشبهه إذا نزع الغصب من يده ورده إلى صاحبه، والدلالة على الوصف أنه صيد يجب رفع يده عنه فوجب إرساله كما لو اصطاده في حال إحرامه.

٧٦١- مسألة: صيد الحرم مضمون، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لداود. دليلنا: أنه صيد ممنوع من إتلافه لحق الله تعالى، فضمن كالصيد في حق المحرم، وقد دل على الوصف قوله ﷺ في المدينة : « لا ينفر صيدها ».^(٤)

٧٦٢- مسألة: للصيام مدخل في كفارة صيد الحرم، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه صيد ممنوع من إتلافه لحق الله تعالى أشبه الصيد في حق المحرم، ولأنه أحد أنواع الجزاء أشبه الإطعام المثل من النعم.

(١) جاء في المستوعب: ٥٤٣/١: (ومن أحرم وفي يده صيد لزمه إزالة يده المشاهدة عنه دون الحكمية).

(٢) المغني: ٤٢٢/٥، والمستوعب: ٥٤٣/١.

(٣) قال البهوتي: (فمن أتلف من صيد الحرم شيئاً ولو كان المتلف كافراً أو صغيراً أو عبداً، لأن ضمانه كالمال، وهم يضمنونه فعلية ما على المحرم في مثله.. فإن كان الصيد مثلياً ضمنه بمثله وإلا بقيمته). انظر: المذهب: ٣٩٩/١.

(٤) أخرجه الطبراني عن ابن عباس : ج ١١، حديث رقم ١١٩٢٧.

(٥) قال البهوتي: (ومن وجب عليه جزاء صيد فهو مخير بين إخراج المثل أو يقوم المثل ويشترى بقيمته طعاماً، ويتصدق به أو يصوم عن كل مد يوماً). انظر: الكافي: ٤٢٢/١.

٧٦٣- مسألة: إذا أدخل الحلال صيداً إلى الحرم لزمه إرساله^(١)، وبه قال أبو حنيفة^(٢) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أن دخول الحرم يمنع الإصطياد، فمنع من قبله كالإحرام، ونقول: فوجب إرساله، لأنه ينتقض بحرم المدينة.

٧٦٤- مسألة: شجر الحرم مضمون على الكافة^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك وداود.^(٤) دليلنا: أن ما منع من إتلافه لأجل الحرم كان مضموناً كالصيد، وقد دل على الوصف ما روى الأثرم بإسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «بالحجون والله إنك لخير أرض الله وأحب أرض الله إليّ، ولو لم أخرج منك لما خرجت، لم تحلى لأحد قبلي ولا تحلى لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من نهار، لا يعضد شجرها، ولا يحش حشيشها، ولا يصاد صيدها، ولا يلتقط لقطتها إلا منشد»^(٥)، وعن ابن عباس في الدوحة^(٦) بدنة، وفي الجزلة^(٧) شاة، وعن الزبير: الكبيرة بقرة، وفي الصغيرة شاة.^(٨)

- (١) جاء في المستوعب: ٥٦٧/١ (ومن ملك صيداً في الحل ثم أدخله الحرم لزمه رفع يده عنه)
- (٢) جاء في شرح العناية على الهداية: ٩٨/٣: (ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا كان خلافاً للشافعي رحمه الله، فإنه يقول: حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد، ولنا أنه حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم).
- (٣) جاء في المستوعب: ٥٦٩/١: (ولا يحل للمحرم ولا للحلال قطع شيء من شجر الحرم ونباته الذي ينبت بنفسه...).
- (٤) جاء في بداية المجتهد: ٣٦٥/١: (واختلفوا في نبات الحرم هل فيه جزاء أم لا... فقال مالك: لا جزاء فيه، وإنما فيه الإثم فقط، للنهي الوارد في ذلك. وقال الشافعي: فيه جزاء في الدوحة بقرة، وفيما دونها شاة، وقال أبو حنيفة: كل ما كان من غرس الإنسان فلا شيء فيه، وما كان نابئاً بطبعه ففيه قيمة).
- (٥) أخرجه الترمذي في الجامع: ٧٢٢/٥، وانظر: شرح معاني الآثار: ٣٢٨/٣، وأخرجه الحاكم في المستدرک: ٤٨٩/٣.
- (٦) الدوحة: الشجرة العظيمة. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادي: ٢٧٨.
- (٧) الجزلة: الحطب اليابس. انظر: القاموس المحيط للفيروز أبادي: ١٢٦٢.
- (٨) انظر: المستوعب: ٥٦٩/١.

٧٦٥- مسألة: ولا يجب الضمان فيما أنبته آدمي ويجوز قلعه^(١)، وما نبت بنفسه يضمنه سواء كان من جنس ما ينبتة الآدميون أو لم يكن، وقال أبو حنيفة: إن كان من جنس ما ينبتة الآدميون جاز قطعه نبتة بنفسه، أو بفعل آدمي، وإن كان مما لا ينبتة الآدمي كالقصب ونحوه، فإن نبت بنفسه ففيه الجزاء، وإن أنبته الآدمي فلا جزاء فيه، وقال الشافعي: يجب الجزاء^(٢) أنبته الناس أو نبت بنفسه، فالدلالة على أن ما ينبت بنفسه لا يجوز قطعه، وإن كان من جنس ما ينبتة الناس خلافاً لأبي حنيفة ما تقدم من قوله: لا يعضد شجره، ولأنه شجر نامي غير مؤدى نبت أصله في الحرم لم ينبتة آدمي أشبه ما لا ينبتة الآدمي، ولأن ما أنبته الناس مملوك فجاز أخذه في الحرم كبهيمة الأنعام، وما لم ينبتة الناس فهو مباح الأصل، فهو كالصيد، والدلالة على أن ما نبتة الناس جوز أخذه خلافاً للشافعي أنه أنبته آدمي فهو كالزرع والعوسج.

فصل: وتضمن الشجرة الكبيرة ببقرة، والصغيرة شاة^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة: بالقيمة^(٥). دليلنا: ما تقدم من قول الصحابة، والقياس على الصيد، وقد دللنا عليه فيما تقدم.

- (١) جاء في المستوعب: ٥٧٠/١: (وكل ما أنبته الآدميون في الحرم من الأشجار والبقول والزرع فيجوز قطعه من غير ضمان).
- (٢) قال الشيرازي: (ومن أصحابنا من قال: ما أنبته الآدميون يجوز قلعه والمذهب الأول). انظر: المذهب: ٤٩٩/١.
- (٣) جاء في الكافي: ٤٢٦/١: (فيجب في الشجرة الكبيرة بقرة، وفي الصغيرة شاة لما روى ابن عباس أنه قال: في الدوحة بقرة، وفي الجزلة شاة، وإن قطع غصناً ضمنه بما نقص).
- (٤) جاء في المذهب: ٣٩٩/١: (فإن كانت شجرة كبيرة ضمنها ببقرة، وإن كانت صغيرة ضمنها بشاة)، ومختصر الخرقى: ص ١٠٣.
- (٥) جاء في فتح القدير: ١٠٠١/٣: (فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو ما لا ينبتة الناس فعليه قيمته إلا فيما جف منه). انظر: تحفة الفقهاء: ٤٢٥/١.

٧٦٦- مسألة: لا يجوز أن يرعى حشيش الحرم^(١)، وبه قال أبو حنيفة^(٢) خلافاً للشافعي^(٣). دليلنا: أنه لما لم يجر أن يتلفه بنفسه لم يرسل عليه ما يتلفه كالصيد، وعكسه الأذخر.

٧٦٧- مسألة: صيد المدينة وشجرها محرم^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما تقدم من حديث جابر، وإنه قال: «وإني حرمت المدينة لا يقطع عضاها، ولا يصاد صيدها»^(٥)، وروى أبو هريرة وعامر بن سعد عن أبيه عن النبي ﷺ مثل ذلك، ولأنه أحد الحرمين أشبه مكة، وقد دل على الوصف قوله ﷺ: «المدينة حرم»^(٦).

فصل: إذا ثبت هذا ففيه الجزاء، وفيه رواية أخرى: لا جزاء، وبه قال مالك، وعن الشافعي كالْمذهبين^(٧) وجه الأولى: ما روى النجاد بإسناده عن سليمان ابن عبد الله قال: «رأيت سعد بن أبي وقاص أخذ رجلاً يصيد في حرم المدينة الذي حرم رسول الله فسلبه ثيابه فجاء مواليه فقال: إن رسول الله ﷺ حرم

(١) جاء في المستوعب: ٥٧٠/١: (فأما حشيش الحرم فيحرم قطعه ورعيه، فإن فعل ضمنه بقيمته).

(٢) جاء في شرح العناية علي الهداية: ١٠٣/٣: (ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع إلا الأذخر، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بالرعي، لأن فيه ضرورة، فإن منع الدواب عنه متعذر).

(٣) جاء في المذهب: ٤٠٠/١: (ويجوز رعي الحشيش، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز كقطع الإذخر).

(٤) قال ابن قدامة: (ويحرم صيد مدينة رسول الله وشجرها لما روى أنس أن النبي ﷺ أشرف على المدينة فقال: «اللهم إني أحرم ما بين جبلتها، مثل ما حرم إبراهيم مكة». انظر: الكافي: ٤٢٧/١).

(٥) أخرجه مسلم في صحيحه: ٩٩٢/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٩٨/٥.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه: ٩٩٩/٢، وأحمد في المسند: ٥٢٦/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٩٧/٥.

(٧) جاء في المحرر للرافعي: (وصيد حرم المدينة حرام أيضاً، لكن الجديد أنه لا ضمان فيه). انظر: الحاوي: ٤٣٢/٥، والمذهب: ٧٥١/٢، وفتح القدير: ٥١٣/٧.

هذا الحرم وقال : من رأيتموه يصد فيه فلکم سلبه ولا أردّ طعمة أطعمنيها رسول الله^(١)، ولأنها حرمة تحرم الصيد أشبه حرمة مكة.

فصل : ويكون الجزاء السلب ينفرد به الأخذ له^(٢)، وقال الشافعي على القول الذي يوجب الجزاء قولين : أحدهما : كمذهبنا، والثاني : يتصدق به على فقراء المدينة. دليلنا : ما تقدم من حديث سعد، ولأن من جاز له أخذ السلب، جاز له تملكه. دليله قاتل الكفار.

٧٦٨ - مسألة : ولا يحرم صيد وج ولا شجرها، وقال الشافعي : يحرم، وفي الجزاء قولان. دليلنا : أنه ليس بمحرم لله ولرسوله، أشبه سائر البلاد.

٧٦٩ - مسألة : مكة أفضل من المدينة^(٣)، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى : المدينة أفضل، وبه قال مالك وجه الأولى : ما تقدم من حديث أبي هريرة وإنه قال : «والله أنك لأحب أرض الله وأحب البلاد إلى الله»^(٤)، ولأنها اختصت بأنها محل للهدايا والضحايا والمناسك، ولا تُدخَل إلا بإحرام، ويجب على الكافة ورودها، وهذا يدل على فضلها على غيرها.

٧٧٠ - مسألة : لا تكره المجاورة بمكة^(٥)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٦).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب فضل المدينة: ٩٩٣/٢، والإمام أحمد في مسنده: ١٦٨/١.

(٢) جاء في المستوعب: ٥٧١/١: (وإذا ثبت تحريمه، فهل يجب فيه الجزاء؟ على روايتين؛ إحداهما: لا جزاء فيه. والثانية: فيه الجزاء، وهو: باب القاتل والقاطع يكون لمن سلبه).

(٣) جاء في المستوعب: ٦٠٣/١: (والمقام بمكة أفضل من المدينة في إحدى الروايتين، والأخرى: بالمدينة أفضل).

(٤) أخرجه النسائي في السنن الكبرى: ٤٨٠/٢، والطبراني في المعجم الكبير: ٣٦١/١٢.

(٥) جاء في المستوعب: ٦٠٣/١: (والمجاورة بمكة مستحبة).

(٦) جاء في فتح القدير: ١٧٨/٣: (اختلف العلماء في كراهة المجاورة بمكة وعدمها، فذكر بعض الشافعية أن المختار استحبابها إلا أن يغلب على ظنه المحذور، وهذا قول أبي يوسف، ومحمد -رحمهما الله-، وذهب أبو حنيفة ومالك -رحمهما الله- إلى كراهتها، وكان أبو حنيفة يقول: إنها ليست بدار هجرة. وقال مالك -وقد سئل عن ذلك-: ما كان الناس يرحلون إليها إلا على نية الحج والرجوع).

- دليلنا: قوله ﷺ: «صلاة في المسجد الحرام بمائة ألف صلاة فيما سواه»^(١).
- ٧٧١- مسألة: الهدى واجب في حق المحصر^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لما لك^(٤). دليلنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾^(٥)، وقول جابر بن عبد الله: «حصرنا مع رسول الله ﷺ فكنا ننحر البدنة عن سبعة، والبقرة عن سبعة»^(٦)، ولأنه خرج من نسكه قبل إكماله أشبه من فاته الحج.
- فصل: ويذبح الهدى موضع الإحصار^(٧)، وبه قال الشافعي^(٨)، وقال أبو حنيفة^(٩): لا يذبحه إلا في الحرم. دليلنا: «أن النبي ﷺ أحصر بالحديبية
-
- (١) أخرجه أبو يعلى في مسنده: ١٥٨/٤، والحميدي في مسنده: ٤٢٠/٢.
- (٢) الإحصار من العوارض النادرة، واختلف الفقهاء في تحققه، فذهب البعض إلى أنه يتحقق بالعدو وغيره كالمرض وهلاك النفقة، وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه يتحقق فقط بالعدو أي لا إحصار إلا بالعدو. قال السمرقندي في التحفة: (من منع عن الوصول إلى البيت بعد ما أحرم بالحج أو العمرة أو بهما بسبب مرض أو عدو فهو محصر).
- (٣) قال البهوتي: (ومن أحرم بالحج فصد عن البيت، ولم يكن له طريق إلى الحج أهدي - أي نحر هدياً في موضعه ثم حل). انظر: الروض المربع: ص ٢٣١. جاء في شرح منتهى الإرادات: ٧٥/٢: (ذبح هدياً بنية التحلل وجوباً).
- (٤) جاء في بداية المجتهد: ٣٥٥/١: (فذهب مالك إلى أنه لا يجب عليه هدي، وأنه إن كان معه هدي نحره حيث حل). وجاء في الشرح الكبير: ٩٣/٢: (ولا دم عليه لما فاته من الحج بحصر العدو على المشهور).
- (٥) سورة البقرة: الآية: ١٩٦.
- (٦) أخرجه أحمد في المسند: ٣٦٣/٣، والنسائي في السنن الكبرى: ٤٥٠/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٣٤/٥.
- (٧) جاء في الكافي: ٤٦٢/١: (وله ذبحه حيث أحصر. وعنه: إن قدر على الحرم أو على إرساله إليه لزمه ذلك).
- (٨) جاء في المذهب: ٤٢٦/١: (فإن كان في الحرم ذبح الهدى في الحرم، وإن كان في غيره ولم يقدر على الوصول ذبح حيث أحصر)، والمجموع شرح المذهب: ٢٥٧-٢٤٣/٨، وشرح المنهاج: ١٤٨/٢، ونهاية المحتاج: ٤٧٥/٢.
- (٩) جاء في تحفة الفقهاء: ٤١٧/١: (إن هدي الإحصار لا يجوز ذبحه إلا في الحرم عندنا).

فنحر بها وهي حل^(١)، وروي : «عند الشجرة»^(٢)، وذلك حل، ولأنه موضع لإحلاله فكان موضعاً لذبحه كالحرم، وأنه أحد سببي التحلل في حق المحصر فلا يختص بالحرم كالحلاق.

فصل : ويجوز أن يذبح ويتحلل قبل يوم النحر^(٣)، وبه قال أبو حنيفة والشافعي^(٤)، وفيه رواية أخرى: لا يتحلل ولا يذبح إلى يوم النحر، وبه قال أبو يوسف ومحمد^(٥) وجه الأولى : إنه ليس بنسك فلا يتوقت كجميع دماء الجبران، وعكسه دم التمتع والقران، ولأن الإحصار كالفوات ثم ما يفعله ذلك لا يتوقت بزمان، كذلك هاهنا.

٧٧٢- مسألة : إذا أحصر في حجة التطوع فلا قضاء عليه^(٦)، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروايتين، ولأبي حنيفة^(٧) دليلنا: «أن النبي ﷺ أحصر في سنة ست فتحلل ومعه ألف وأربعمائة، ثم عاد ومعه نفر يسير»^(٨)، ولأنه نفل يجوز له التحلل منه مع صلاح الوقت له ، أشبه إذا دخل في صلاة يظنها عليه فبان بخلافه.

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي: ١٧٤/٤.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المحصر وجزاء الصيد، باب من قال ليس على المحصر بدل: ١٢/٣، ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب بيان جواز التحلل بالإحصار: ٩٠٣/٢، وأبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب الإحصار: ٤٣١/١، والإمام أحمد في مسنده: ٣٢٧/٤.

(٣) جاء في المستوعب: ٦١٧/١: (وسواء نحر يوم النحر أو قبله).

(٤) الهداية: ٢٩٩/٢، وبدائع الصنائع: ١٨٠/٢، والمجموع: ٢٤٧/٨.

(٥) حاشية الرد المحتار: ٣٢١/٢.

(٦) جاء في المستوعب: ٦١٨/١: (فعلى هذا إن كانت «حجته» نفل سقطت، وإن كانت واجبة كحجة الإسلام لزمه فعلها بالوجوب السابق لا بالتحلل).

(٧) تحفة الفقهاء: ٤١٨/١.

(٨) انظر: السيرة النبوية لابن هشام: ٣٢٢/٣، والمغازي للواقدي: ٥٧٤/٢.

٧٧٣- مسألة: إذا أحصر في حجة الفرض لزمه القضاء^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣): يلزمه أيضاً فعل عمرة. دليلنا: أنه تحلل من حج، فإذا قضاه لم تلزمه عمرة كما لو تحلل قبل فوات الوقت.

٧٧٤- مسألة: دم الإحصار يجزئ عنه الصيام^(٤) خلافاً لأبي حنيفة^(٥)، وكذلك عنده كل دم جنابة إلا ما أبيح في حال العذر كحلق الرأس من أذى وما في معناه، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٦). دليلنا: أنه دم تعلق وجوبه بالإحرام فجاز أن يقوم الصيام مقامه كدم المتعة والقران.

٧٧٥- مسألة: ومقدار الصيام عشرة أيام، وعن الشافعي^(٧) مثل ذلك، وعنه أنه كجزاء الصيد، وعنه أنه يجري مجرى الصيام في فدية الأذى. دليلنا: أنه أشبه

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٧٦/٢: (فإن حل من فسد حجه لإحصار ثم زال وفي الوقت سعة قضى في ذلك العام، فإن تحلل ولم يكن حج حجة الإسلام قبل فوجوبها باقٍ لعدم ما يسقطه).

(٢) جاء في الدسوقي على الشرح الكبير: ٩٣٣/٢: (ولا يسقط عن المحصر الذي تحلل بنحر هديه الفرض المتعلق بذمته من حجة الإسلام خلافاً لعبد الملك وأبي مصعب وابن سحنون)، المذهب: ٤٢٦/١ وما بعدها.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٤١٩/١: (فإن ذهب من عامه إلى قضاء الحج، فإنه يقضي بإحرام جديد وعليه قضاء الحج لا غير، لأنه لم يفت عنه الحج في هذا العام، وإن قضى في عام آخر فعليه قضاء الحج وعليه العمرة لفوات الحج، من العام الأول)، انظر: فتح القدير: ١٣٠/٣.

(٤) جاء في الكافي: ٤٦٠/١: (فإن عدم الهدى صام ثلاثة في الحج وسبعة إذا رجع، وقال الخرقى: يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوماً).

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٤١٧/١: (أن المحصر إذا لم يجد الهدى ولا ثمن الهدى لا يحل بالإطعام والصوم بل يبقى محرماً إلى أن يجد الهدى فيذبح عنه في الحرم بأمره).

(٦) جاء في المذهب: ٤٢٦/١: (وإن كان عادماً للهدى ففيه قولان: أحدهما: لا بدل للهدى لقوله تعالى: «فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى»، فذكر الهدى ولم يذكر بدلاً.. والقول الثاني: له بدل، لأنه دم يتعلق وجوبه بالإحرام فكان له بدل).

(٧) انظر: المذهب: ٤٢٧/١، والكافي: ٤٦٢/١، والممتع: ٤٨٩/٢ جاء فيه: (فإن لم يجد هدياً صام عشرة أيام ثم حل).

المتمتع، لأنه يحصل له الترفه بالتحلل كما يحصل للمتمتع، ثم ذلك يجب عليه الهدى مع وجوده ومع عدمه يصوم عشرة أيام كذلك هاهنا.

٧٧٦- مسألة: ولا يجوز التحلل حتى يأتي بالصيام خلافاً لأحد قولي الشافعي^(١) دليلنا: أنه أقيم مقام الهدى، ثم ذلك لا يتحلل حتى يأتي به، كذلك هاهنا.

٧٧٧- مسألة: إذا أحصر عن البيت بعد الوقوف بعرفة، فله التحلل، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٢) دليلنا: أنه مصدود عن البيت بغير حق أشبه لو لم يمكنه الوصول إلى عرفة، ولأن أكثر ما فيه أنه قد أمن الفوات وهذا لا يمنع التحلل كالمعتمر.

٧٧٨- مسألة: الإحصار بمرض لا يبيح التحلل^(٣)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٤): كالعدو. دليلنا: ما روي أن النبي ﷺ دخل على ضباعة بنت الزبير وهي شاكية فقل: «ألا تخرجين معنا؟ فقالت: اني شاكية وأخاف أن تحبسني شكواي، فقال: أهلي بالحج وقولي: اللهم إن محلي حيث حبستني»^(٥)، ولو كان الممرض يبيح التحلل ما افتقر ذلك إلى الاشتراط، ولأن ما لا يبيح التحلل بعد الوقوف لا يبيحه قبله كالحيض والنفاس وعكسه العدو، على أصلنا، ولأن

(١) قال ابن قدامة: (وإن لم يجد هدياً صام عشرة أيام، ثم حل، لأنه دم واجب للإحرام، فكان له بدل ينتقل إليه، كدم التمتع، ولا يحل إلا بعد الصيام). انظر: الكافي: ٤٦٢/١.

(٢) انظر: فتح القدير: ١٤٣/٣.

(٣) جاء في المستوعب: ٦١٨/١: (ومن أحصر بمرض أو ضياع نفقة، أو ضل طريق، لم يجز له التحلل بذلك، فيبقى على إحرامه حتى يصل إلى البيت).

(٤) انظر: مختصر الطحاوي: ص ٧١، والقُدوري: ص ٣٢، والمبسوط: ١٠٨/٤، وبدائع الصنائع: ١٢٧/٣.

(٥) أخرجه الطبراني عن أم سلمة: ج ٢٣ حديث رقم ٨٩٣.

من لا يتخلص بتحلله من نسكه عن شيء من الأذى الذي هو فيه لم يجز له التحلل كما لو أخطأ الطريق، ولا يلزم إذا أحاط به العدو من أربع جهاته، لأنه قد يتخلص عن شيء وهو الهرب من ثلاث جهاته.

٧٧٩- مسألة: إذا اشترط المحرم التحلل عند المرض أو العدو أو أخطأ الطريق كان شرطاً صحيحاً ويستفيد به التحلل ولا دم عليه، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أكثرهم: الشرط كعدمه، فعلى قول أبي حنيفة: لا يتحلل في الجميع إلا بالهدي. وعند مالك لا يتحلل إذا أخطأ الطريق أو مرض. دليلنا: ما تقدم من حديث ضباعة، فلولا أن للشرط فيه تأثير ما أمرها به، ولأنه لو قال إن قدم غائبى فله علي صيام كذا وكذا إن كنت صحيحاً، لم يلزمه إذا قدم وهو مريض، كذلك هاهنا.

٧٨٠- مسألة: لا تحج المرأة إلا مع ذي محرم^(٢)، وبه قال أبو حنيفة^(٣)، خلافاً لأكثرهم في قولهم تحج إذا كان هناك نساء ثقات^(٤)، ومن أصحاب الشافعي من لا يعتبر النساء، وهو خلاف نص الشافعي. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «لا تسافر امرأة بريداً إلا مع ذي محرم»، وفي لفظ آخر: مسيرة يوم،

(١) جاء في المذهب: ٤٢٨/١: (إذا أحرم وشرط التحلل لفرض صحيح مثل إن شرط أنه إذا مرض تحلل، أو إذا ضاعت نفقته تحلل ففيه طريقان؛ أحدهما: لا يثبت الشرط.. والثاني: أنه يثبت الشرط، ومنهم من قال: يصح الشرط قولاً واحداً... الخ).

(٢) جاء في الكافي: ٣٨٤/١: (أنه لا يحل لها السفر إليه بغير محرم، والمحرم زوجها أو من تحرم عليه على التأييد أو سبب مباح كأبيها وأخيها من نسب أو رضاع...).

(٣) جاء في فتح القدير: ٤١٩/٢: (ويعتبر في المرأة وإن كانت عجزاً أن يكون لها محرم تحج به كابن أو عم أو زوج، ولا يجوز لها أن تحج بغيرها). وقد أيده البعض بأن ذلك يكون إذا كانت المسافة بينها وبين مكة مسيرة ثلاثة أيام، وذكر الآخرون الحكم على الإطلاق).

راجع: الأصل: ٥١٤/٢، بدائع الصنائع: ١٠٨٩/٣، المبسوط: ١٦٣/٤.

(٤) انظر: الأم: ١١٧/٢، والوجيز: ١٠٩/١، والمجموع: ٦٤/٧.

وروي : ليلة، وروي : ثلاثة أيام^(١)، ولأنها أنشأت سفراً في دار الإسلام بغير محرم، فلا يجوز، دليله : في حجة التطوع والتجارة.

فصل : ولا فرق بين قصير السفر وطويله، وقال أبو حنيفة^(٢) : يختص بالطويل، وعن أحمد نحوه. دليلنا : ما تقدم من الأخبار، ولأنه سفر يبيح الصلاة على الراحلة، أو يبيح التيمم عند عدم الماء أشبه الطويل، ولا يلزم السفر للهجرة والخروج لقضاء الدين، لأنه يستوي فيه الأصل والفرع.

٧٨١- مسألة : إشعار^(٣) الإبل والبقر وتقليدها سنة، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال

أبو حنيفة : الإشعار مكروه. دليلنا : ما روى ابن عباس : « أن النبي ﷺ أشعر بدنة من الجانب الأيمن وسلت الدم عنها وقلدها نعلين »^(٥)، ولأنه إيلاء سليم الامتياز حق الله تعالى عن حق الآدمي أشبه الكي في أفخاذ إبل الصدقة، ونعم الجزية، ولأن فيه غرض صحيح، لأنها قد تنفر فتختلط بغيرها فتتميز بذلك، وهكذا إن ظلت ربما امتنع الناس من أخذها إذا عرف أنها للفقراء وربما عطبت دون محلها فتتحر وتترك للفقراء فيأكلونها إذا عرفوا أنها من الهدايا.

٧٨٢- مسألة : التقليد مسنون في الغنم، وبه قال الشافعي^(٦) خلافاً لأكثرهم.

(١) أخرجه : البخاري : ٧٣/٤، ومسلم : ٩٧٧/٢.

(٢) انظر : بدائع الصنائع : ١٠٨٩/٣، والمبسوط : ١٦٣/٤.

(٣) الإشعار : هو أن يشق صفحة سنامها اليمنى حتى يسيل الدم ويقلدها فعلاً أو نحوها. انظر : لسان العرب، مادة (شعر).

(٤) جاء في الكافي : ٤٦٤/١ : (فإن كانت إبلاً سن إشعارها).

(٥) أخرجه مسلم : كتاب الحج ، الحديث رقم ٢٠٥ .

(٦) جاء في المذهب : ٤٢٩/١ : (فإن كانت من الإبل والبقر فالمستحب أن يشعرها في صفحة سنامها الأيمن ويقلدها نعلين... وإن كانت غنماً قلدها لما روت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ أهدى مرة غنماً مقلدة).

دليلنا: قول عائشة رضي الله عنها: «كنت أقتل قلائد هدي رسول الله ﷺ بيدي هاتين»^(١)، ثم لا يجتنب شيئاً مما يجتنبه المحرم، ولأنه نوع هدي من النعم فاستحب تقليده كالإبل والبقر، يبين هذا أنه إنما استحب ذلك، لأن لا تنفر فتختلط بغيرها وهذا موجود هاهنا، بل هذه أشد اختلاطاً، لأنها لا توثق بالعقال في العادة والإبل بخلافه.

٧٨٣- مسألة: ليس من شرط الهدى أن يجمع فيه بين الحل والحرم، ولا أن يوقف بعرفات، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لمالك^(٣). دليلنا: أن الهدى مشتق من الهدية، والهدية ما أهدى، فإذا أهداه من ملكه إلى منحره فقد وجد اشتقاقه، وبيّن هذا قوله ﷺ: «من راح إلى الجمعة في الساعة الأولى فكأنما أهدى بدنة»^(٤).

٧٨٤- مسألة: وكل موضع من الحرم محل للنحر، وبه قال أكثرهم، وقال مالك: لا ينحر الحاج إلا بمنى، ولا المعتبر إلا بمكة^(٥). دليلنا: قوله ﷺ في رواية

-
- (١) أخرجه البخاري: كتاب الحج، باب ١٠٦، ومسلم: كتاب الحج، الحديث ٣٦٢.
 (٢) جاء في الممتع: ٥١٥/٢: (سوق الهدى مسنون ويستحب أن يقضه بعرفة ويجمع فيه بين الحل والحرم ولا يجب ذلك).
 (٣) جاء في المدونة: ٤٧٩/١: (وقال مالك: كل هدي فاته الوقوف بعرفة فمحلّه مكة ليس لا محل دون ذلك وليست منى له بمحل... قلت: فإن فاته الوقوف بهذا الهدى فساقه من منى إلى مكة فغط قبل أن يدخل مكة... قال: لا يجزئه). انظر: الدسوقي: ٨٥/٢ وما بعدها.
 (٤) أخرجه أحمد في مسنده: ٢٣٩/٢.
 (٥) جاء في الدسوقي على الشرح الكبير: ٨٦/٢: (ودب النحر لنهدي أي سواء كان واجباً بأن كان لنقص أو تطوعاً وكذلك جزاء الصيد بمنى بالشروط الثلاثة الآتية: ... فإن انتفت هذه الشروط أو شيء منها بأن ساقه في عمرة، أو خرجت أيام النحر، أو لم يقف به بعرفة فمحل نحره مكة وجوباً فلا يجزئ بمنى ولا غيرها).

جابر: «فجاج مكة كلها طريق ومنحر»^(١)، ولم يرد نفس بنائها وإنما أراد الحرم بجميعة. لأن البنيان ليس بطريق، ولأنه نحر بالحرم أشبه مكة ومنى .

٧٨٥- مسألة: يجوز أن يشترك السبعة في البقرة والبدنة على الإطلاق^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣) وقال أبو حنيفة: إن كان بعضهم يريد اللحم وبعضهم يريد القرية لم يصح الاشتراك، وإن كان جميعهم متقرب صح الاشتراك، وقال مالك^(٤): يصح الاشتراك في هدي التطوع، فأما الواجب فلا دليلنا: ما تقدم من حديث جابر، ولأن ما جاز أن يشترك فيه السبعة إذا كانوا متطوعين جاز، وإن لم يكونوا متطوعين كالسبعة من الغنم، ولأن ما جاز أن يشترك فيه أهل البيت جاز أن يشترك فيه أهل الأبيات. دليله ما ذكرنا. ونخص أبا حنيفة بأن ما جاز أن يشترك فيه المتقربون جاز، وإن كان بعضهم يريد اللحم أصله ما ذكرنا.

٧٨٦- مسألة: لا يأكل شيئاً من الهدايا الواجبة إلا هدي التمتع والقران^(٥)، وبه قال أبو حنيفة^(٦)، وفيه رواية أخرى: يأكل من الجميع ما عدا النذر وجزاء

(١) أخرجه الطبراني في معجمه عن ابن عباس: ج ١١، حديث رقم ١١٠٠١.
(٢) جاء في الكافي: ٤٧٢/١: (وتجزى البدنة عن سبعة وكذلك البقرة .. ويجوز أن يشتركوا فيها سواء أرادوا جميعهم القرية، أو بعضهم القربى والباقون اللحم، لأن كل سبع مكان شاة).
(٣) قال الشافعي: (ويجوز أن يشترك سبعة في بدنة وفي البقرة لما روى جابر رضي الله عنه - قال: نهينا مع رسول الله ﷺ بالحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة)، والمهذب: ٤٣٣/١.

(٤) جاء في الشرح الكبير: ٩٢/٢: (ولا يشترك، أي لا يصح الاشتراك في هدي واجباً أو تطوعاً).
(٥) قال ابن قدامة: (ويجوز الأكل من هدي التمتع والقران... ولا يجوز الأكل من واجب سواهما، لأنه كفارة فلم يجز الأكل منه ككفارة اليمين، وعنه: له الأكل من الجميع إلا المنذور، وجزاء الصيد). الكافي: ٤٦٨/١.

(٦) جاء في فتح القدير: ١٦١/٣: (ويجوز الأكل من هدي التطوع والتمتع والقران، لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها).

الصيد، وبه قال مالك، إلا أنه زاد فيه : وفدية الأذى، وقال الشافعي: لا يأكل من شيء من الواجبات^(١)، فالدلالة على مالك : أنه دم تعلق بمعنى يحظره الإحرام في الأصل فلم يجز الأكل منه كفدية الأذى وجزاء الصيد، وعكسه دم المتعة والقران والتطوع.

فصل : والدلالة على الشافعي قوله تعالى : ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا﴾... إلى قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾^(٢)، والدماء التي يترتب عليها قضاء التفث هو دم التمتع والقران، ثم قد أباح الأكل منها والإطعام، وقوله ﷺ : «أمرني رسول الله ﷺ بهدي المتعة أن أتصدق بجلودها ولحومها سوى ما نأكل»^(٣)، ولأنه دم لم يجب بإيجابه ولا بمعنى يحظره الإحرام في الأصل أشبه هدي التطوع.

٧٨٧- مسألة : إذا أوجب هدياً جاز بيعه، وعليه بدله^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم : قد زال ملكه ولا يجوز بيعه.^(٥) دليلنا: أن النذور محمولة على أصلها في الفروض، ثم ثبت أحد البديل في الفرض وهو في الزكاة إذا وجب عليه حقه

(١) جاء في المذهب: ٤٣٦/١ وما بعدها ما ملخصه: (إن نحر الهدي فالحال لا يخلو من: [أ] إن كان تطوعاً فالمستحب أن يأكل منه. [ب] وإن كان نذر مجازاة كالنذر لم يجز أن يأكل منه لأنه جزاء فلم يجز أن يأكل منه. [ج] وإن كان هدياً لم يجز أن يأكل منه، لأن أكثر الهدايا في الشرع لا يجوز الأكل منها فحمل النذر عليها).

(٢) سورة الحج : الآية : ٣٦.

(٣) سنن البيهقي الكبرى: ٢٣٣/٥، وابن خزيمة في صحيحه: ٢٩٥/٤، وأحمد في مسنده: ١٤٣/١.

(٤) جاء في الكافي: ٤٦٧/١: (ولا يزول ملكه عن الهدي والأضحية بإيجابهما نص عليه. وله إبدالهما بخبر منهما، وقال أبو الخطاب : يزول ملكه، وليس له بيعه ولا إبداله، لأنه جعله الله تعالى فأشبهه المعتق والموقوف). انظر: الروض المربع: ص ٢٣٤، والممتع: ٥٠٦/٢.

(٥) جاء في المذهب: ٤٢٩/١: (فإن كان تطوعاً فهو باق على ملكه وتصرفه إلى أن ينحر، وإن كان نذراً زال ملكه وصار للمساكين فلا يجوز بيعه ولا إبداله بغيره).

وليست عنده، وعنده ابنة لبون، فكذاك في النذور، وأيضاً لو كان ملكه زال ما عاد إليه بالعطب كسائر الأموال، وقد قالوا: إذا عطب عاد ملكه إليه فقد دل على أنه لم يزل.

٧٨٨- مسألة: إذا نذر هدياً فأقله شاة^(١)، وبه قال أبو حنيفة والشافعي: في الجديد، وقال في القديم: يخرج ما له قيمة^(٢) كالبيضة والدجاجة وكفاً من الطعام، وهل يختص فقراء الحرم؟ على وجهين. دليلنا: أنه حق وجب بلفظ الهدى مطلقاً فلا تجزئ فيه أقل من شاة كهدي التمتع والقران.

٧٨٩- مسألة: إذا نذر بدنة، فإن نوى شيئاً فهو ما نواه، وإن أطلق فإن يكون مخيراً بين الجزور وبين البقرة، وبه قال أبو حنيفة^(٣)، وفيه رواية أخرى: لا ينتقل إلى البقرة إلا عند عدم البدنة، وبه قال الشافعي، ومنهم من قال: هو بالخيار وجه الأولى: ما تقدم من قوله: البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة، وفي لفظ آخر قال: البدنة عن سبعة، فقليل له: البقرة، فقال: هل هي إلا من البدن؟، ولأن ما أجزأ في الهدايا والضحايا عن سبعة في النذر بلفظ البدن كإبل.

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٨٥/٢: (وإن نذر هدياً وأطلق، بأن قال لله عليّ ولم يقيد بلفظه ولا نيته فأقل ما يجزئ عن نذره شاة جذع من الضأن، أو ثني معز، أو سبع من بدنة، أو سبع من بقرة لحمل المطلق في النذر على المعهود الشرعي). انظر: الممتع: ٥١٦/٢، وفتح القدير: ١٧٧/٣.

(٢) جاء في المذهب: ٤٢٢/١: (وإن نذر هدياً.. وأطلق ففيه قولان؛ قال في الإملاء والقديم: يهدي من يشاء، لأن اسم الهدى يقع عليه، وقال في الجديد: لا يجزئه إلا الجذعة من الضأن والثنية من المعز، والإبل والبقرة، لأن المعهود في الشرع ما ذكرنا، فحمل مطلق النذر عليه).

(٣) قال البهوتي: (وإن نذر بدنة أجزأه بقرة إن أطلق البدنة، وإلا يطلق البدنة بأن نوى معينة لزمه مانواه). انظر: شرح منتهى الإرادات: ٨٥/٢، وفتح القدير: ٧٧/٣.

٧٩- مسألة: إذا حدث العيب في الهدى بعد وجوبه لم يمنع الإجزاء، وبه قال الشافعي^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه نقص حدث بعد الوجوب أشبه حالة الإضجاع للذبح.

فصل: فإن قلع عين الهدى تصدق بالإرش^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يباع ويشترى بالجميع هدياً. دليلنا: أن هذا مبني على أصل، وأن العيب الحادث لا يمنع، وعندهم يمنع.

٧٩١- مسألة: فإن أوجب هدياً في الذمة ثم عينه ثم حدث به عيب لم يجزه إخراجاً.^(٣) وقال أبو حنيفة: يجزيه إذا حدث عند الذبح. دليلنا: أنه معنى لو وجد قبل حالة الذبح منع الإجزاء، فإذا وجد حالة الذبح منع. دليله: خروج الروح قبل قطع الحلقوم والمرئ.

٧٩٢- مسألة: إذا قال لله علي أن أتصدق ببذنة، وأطلق النية في موضع نحرها لم ينحرها إلا في الحرم^(٤)، وقال أبو حنيفة^(٥): ينحرها حيث شاء، ولا يختلف أنه لو قال لله علي أن أتصدق بجزور لم يختص بموضع. ولو قال لله علي أن

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات: ٨٤/٢، والمهذب: ٤٤٢/١.

(٢) جاء في المستوعب: ٦٤٤/١: (ومن فقاً عين الهدى بعد إيجابه، فليصدق بالأرش).

(٣) جاء في الكافي: ٤٦٧/١: (ومن وجب في ذمته هدي فعينه في حيوان، يقين، لأن ماوجب به معين، جاز أن يتعين به ما في الذمة.. فإن تعيب أو عطب فنحره، لم يجزه ذلك). انظر: المهذب: ٤٣١/١، وفتح القدير: ٦٦٧/٣.

(٤) جاء في الكافي: ٤٦٩/١: (وإن أطلق بالتسمية إلى مكانه وجب إيصاله إلى مساكن الحرم، لأن ذلك هو المعهود في الهدى). واختلفت الرواية في مذهب الشافعية.. فقد جاء في المهذب: ٤٤٣/١ وما بعدها: (وإن أطلق النذر فقيه وجهان؛ أحدهما: يجوز حيث شاء، لأن الاسم يقع عليه، والثاني: لا يجوز إلا في الحرم، لأن الهدى المعهود في الشرع هو الهدى في الحرم، والدليل قوله تعالى: ﴿هَدِيَا بَالِغِ الْكَعْبَةِ﴾.. المائدة: ٩٥).

(٥) جاء في فتح القدير: ١٧٧/٣: (ولو قال بذنة فقط جاز البقرة والبعير حيث شاء، وعن أبي يوسف: يتعين الحرم).

أهدي بدنة أو جزوراً أنه يختص الحرم. فالدلالة: على المسألة الأولى قوله تعالى: ﴿والبدين جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير﴾^(١).. إلى قوله: ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾^(٢).

٤٩٣- مسألة: إذا غصب شاة فذبحها عن متعة أو قران لم تجز^(٣)، وإن وجد من مالها الرضا في الثاني، وقال أبو حنيفة: تجزيه. دليلنا: أن هذا ذبح لم يكن قربية في الابتداء.. فلا يكون قربية في الثاني، كما لو ذبحه للأكل ثم نوى القربة، وكما لو أعتق ثم نوى عن كفارته.

٧٩٤- مسألة: إذا حج حجة الإسلام ثم ارتد ثم أسلم لزمه أن يحج حجة ثانية^(٤)، وبه قال أبو حنيفة^(٥)، وقال الشافعي: لا يلزمه^(٦). دليلنا: أنها توبة من كفر فأوجبت الحج، كما لو أسلم الكافر الأصلي، ولأنها عبادة يجوز أن تلزم في الإسلام الأول، فجاز أن تلزم في الثاني. دليله: الصيام والزكاة وجميع العبادات.

(١) سورة الحج: الآية: ٣٦.

(٢) سورة الحج: الآية: ٣٣.

(٣) جاء في المستوعب: ٦٤٠/١: (ومن غصب شاة فذبحها عن متعته أو قرانه، ثم أجازها مالها أو ضمنها لم يجزه).

(٤) جاء في المستوعب: ٥١٤/١: (ومن أدى حجة الإسلام وعمرته، ثم ارتد، وعاد إلى الإسلام، فهل يلزمه فرضها في الإسلام الثاني؟. حكى أبو إسحاق بن شاقلا في ذلك روايتين...).

(٥) مختصر الطحاوي: ص ٢٦١.

(٦) المجموع شرح المذهب: ١٠/٧.

كتاب البيوع^(١)

٧٤ - مسألة: بيع ما لم يره المشتري ولا وصف له^(٢) باطل، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لإحدى الروایتين ولأبي حنيفة، إلا أن أبا حنيفة يجعل له خيار الرؤية^(٤). دليلنا: نهيه ﷺ عن الغرر^(٥)، وهذا غرر، ولأنه مبيع لم يسبق من المشتري رؤية له ولا صفة، أشبه اللبن في الضرع، والحمل في البطن، والنوى في التمر، وكما لو قال: بعثك ثوباً، وإنما الخلاف إذا قال: بعثك ثوباً ذكر جنسه، أو قال: بعثك ما في كمي.

فصل: ويصح بيع الأعيان الغائبة بالصفة^(٦)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي

(١) البيع: لغة: مطلق المبادلة فهو أخذ شيء وإعطاء شيء، قال ابن هبيرة: (مأخوذ من الباع، لأن كل واحد من المتبايعين يمد باعه للأخذ والإعطاء). انظر: معجم مقاييس اللغة، والصاحح، والمصباح. وشرعاً: مبادلة مال ولد في الذمة، أو منفعة مباحة كتمر بمثل أحدهما. الروض المربع: ص ٢٤٥.

(٢) يعبر عن هذه المسألة في بعض كتب الفقه ببيع الغائب - أي بيع العين الغائبة عن المتعاقدين التي لم تسبق لهما معرفة صفاتها ولا رؤيتها. وهذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، فالبعض قال بصحة البيع، بينما البعض الآخر أبطله وقال: لا يجوز. جاء في المستوعب: ٩/٢: (ولا يجوز بيع الغرر وله صور منها: بيع ما يجهل المتبايعان صحته كبيع النوى في التمر، والمسك في الغار، والحمل في البطن).

(٣) جاء في الروض المربع: ص ٢٤٩: (فإن اشترى ما لم يره بلا وصف، أو رآه وجهله بأن لا يعلم ما هو، أو وصف له بما لا يكفي سلماً لم يصح البيع لعدم العلم بالمبيع). انظر: الأم: ٢٠٠٣/٣، ومختصر المزني: ص ٨٧، وروضة الطالبين: ٣٦٨/٣، والمجموع شرح المذهب: ٣١٥/٩.

(٤) انظر: المبسوط: ٦٨/١٣، ومختصر الطحاوي: ص ٤٨.

(٥) عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن «رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر». أخرجه أحمد في مسنده: ٣٧٦/٢، وابن ماجه في السنن: ٧٣٩/٢، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٥٤/١١، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٨/٥.

(٦) جاء في المستوعب: ١٦/٢: (وقد نقل عن حنبل أن الأعيان الغائبة يصح بيعها من غير رؤية ولا صفة).

في إحدى قوليهِ. دليلنا: أن الصفة أحد نوعي ما يحصل به علم المبيع أشبه الرؤية.

فصل: ويحتاج إلى ذكر جميع الصفات التي يختلف لأجلها الثمن، وقال بعض الشافعية: يجزيه ذكراً. دليلنا: أنه موصوف أشبه السلم.

فصل: فإن رآه على الصفة المذكورة فلا خيار له خلافاً للشافعي. دليلنا: أنه مبيع شاهده على الصفة أشبه المسلم فيه.

٧٩٦- **مسألة:** بيع الأعمى وشرائه صحيح^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٢) في إحدى قوليهِ. دليلنا: أن العباس^(٣) وابن العباس^(٤) وابن عمر^(٥) وابن أم مكتوم كانوا عميان ويبيعون ويشترون، ولأنها معاوضة تصح من البصير فصحت من الأعمى كالنكاح والسلم.

٧٩٧- **مسألة:** خيار المجلس^(٦) ثابت في المعاوضات ما لم يتفرقا^(٧)، وبه قال

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٤٦/٢: (فيصبح بيع أعمى وشرائه فيما يعرف بلمس أو شم، أو ذوق، أو وصف بعد إتيانه بما يعتبر في ذلك). انظر: مختصر الطحاوي: ص ٨٣، المبسوط: ٧٧/٣.

(٢) جاء في المذهب: ١٥/٢: (وإن باع الأعمى أو اشترى شيئاً لم يره، فإن قلنا: إن بيع ما لم يره البصير لا يصح لم يصح بيع الأعمى وشرائه، وإن قلنا: يصح، ففي بيع الأعمى وشرائه وجهان؛ أحدهما: يصح كما يصح من البصير فيما لم يره ويستنيب في القبض، والخيار كما يستنيب في شرط الخيار. والثاني: لا يصح؛ لأن بيع ما لم يره يتم بالرؤية وذلك لا يوجد في الأعمى). انظر: فتح العزيز: ١٤٨/٨، والوسيط: ٣٨/٣، ومختصر المزني: ص ٨٨.

(٣) انظر: نكت الهميان في نكت العميان لابن أبيك الصفدي: ص ١٧٥-١٧٨.

(٤) المرجع السابق: ص ١٨٠-١٨٢.

(٥) المرجع السابق: ص ١٨٢-١٨٤.

(٦) خيار المجلس هو: أن يكون لكل واحد من العاقلين حق فسخ العقد ما دام مجتمعين لم يتفرقا بأبداً، أو يخبر أحدهما الآخر فيختار العقد.

(٧) جاء في المغني: ١٠/١: (والمبتاعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، فالبيع يقع جائزاً ولكن من المبتاعين الخيار في فسخ البيع ما دام مجتمعين لم يتفرقا، وهو قول أكثر أهل العلم).

الشافعي^(١) خلافاً لأكثرهم.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «كل المتبايعين فأحدهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون خيار»^(٣)، ولأن القبول أحد طرفي البيع، فلا يتعقبه اللزوم كالطرف الأول.

٧٩١- مسألة: الخيار لا يمنع انتقال الملك سواء في ذلك خيار الشرط أو المجلس^(٤). وقال مالك: يمنع^(٥)، وقال أبو حنيفة: إن كان لهما أو للبائع منع، وإن كان للمشتري خاصة انتقل ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري، وعن الشافعي الانتقال وعدمه، وعنه أنه مراعى، فإن انتقضت المدة ولم يفسخ تبيناً أنه انتقل بنفس العقد. دليلنا: أنه منع تام فنقل الملك كالبات. ونخص أبا حنيفة، وإن خيار المشتري لا يمنع دخوله في ملكه أنه قد زال ملك البائع فدخل في ملك المشتري أصله ما ذكرنا.^(٦)

فصل: فإن أعتق البائع في مدة خياره لم ينفذ خلافاً للشافعي. دليلنا: ما تقدم من قوله ﷺ: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»^(٧)، ولأنه غير مالك غهه، كالأجنبي.

(١) انظر: مناسبي المحتاج: ٢٠٠/٣، والمأم: ١١/٦، والحاوي: ٣٣/٦ وما بعدها، والوسيط: ٩٩/٣.

(٢) ذهب الحنفية والمالكية إلى نفي خيار المجلس، وعدم اثباته للمتعاقدين، لأن الله أمر كل عاقد بالوفاء بما عقد. انظر: فتح القدير: ٢٩٧/٢، وأحكام القرآن للجصاص: ٢١٣/٢، ومواهب الجليل: ٤٠٩/٤، والدسوقي على الشرح الكبير: ٩٩/٣.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ٧٤٣/٢، وأبو داود في سننه: ٢٧٢/٣، والشافعي في السنن: ٢٤٨/٧، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٦٨/٥.

(٤) جاء في الكافي: ٤٨/٢: (وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد، وعنه: لا ينقل إلا بعد انقضائه، لأنه عقد قاصر لا يفيد التصرف فلم ينقل الملك).

(٥) المدونة: ٤٣٣/٥.

(٦) لقد حدث خلاف بين الفقهاء في ترتب أحكام العقد وآثاره عليه. فذهب الاحناف والمالكية والحنابلة إلى عدم ترتب أحكام العقد. بينما ذهب الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم إلى أن الخيار لا يؤخر الأحكام المترتبة على العقد. فتح القدير: ١٢٠/٥، والدسوقي: ٩٦/٢.

(٧) أخرجه أحمد في المسند: ١٩٠/٢، والترمذي في الجامع: ٤٨٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣١٨/٧.

فصل: فإن أعتق المشتري والخيار للبائع نفذ عتقه^(١) خلافاً للشافعي. دليلنا: أن أكثر ما فيه ثبوت الفسخ عليه، وهذا لا يمنع العتاق كالزوجة إذا أعتقت الصداق قبل أن يدخل بها الزوج، وكالموهوب له، وكالذي ابتاع عبداً بجارية وفي أحدهما عيب.

فصل: فإن وطء البائع الأمة قبل تسليمها فعليه الحد خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن من وجب عليه الحد بعد التسليم وجب قبله كالأجنبي.

٧٩٩- مسألة: إذا تلف المبيع في مدة الخيار، أو كان عبداً فأعتقه المشتري، لم يبطل الخيار، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأحد الروايتين، وهي اختيار الخرقى وأبي بكر وجه الأولى: إنها مدة ملحقة بالعقد فلا تبطل بتلف المبيع كالأجل في الثمن.

٨٠٠- مسألة: إذا باع عبداً من عبيدين لم يصح البيع، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة: تصح في عبد من اثنين أو ثلاثة فقط بشرط الخيار للمشتري في أيهم شاء، وقال مالك: يصح في القليل والكثير من غير شرط^(٤)، لأنه بشرط تقارب القيم وفي جنس واحد. دليلنا: أنه مبيع مجهول أشبه إذا لم يشترط أو زاد على الثلاثة، وعلى مالك إذا تباعدت قيمهما.

(١) انظر: المستوعب: ٤٤/٢.

(٢) جاء في المذهب: ٩/٢: (وإن تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار، فلمن له الخيار الفسخ والإمضاء، لأن الحاجة التي دعت إلى الخيار باقية بعد تلف المبيع، فإن فسخ وجبت القيمة على المشتري، لأنه تعذر رد العين فوجب رد القيمة وإن أمضى العقد...).

(٣) جاء في الكافي: ١١/٢: (ولا يجوز بيع عبد من عبيد، ولا شاة من قطيع، ولا ثوب من أثواب، ولا أحد هذين العبيدين، لأنه غرر، فيدخل في الخبر، ولأنه يختلف فيفضي إلى التنازع).

(٤) جاء في المدونة: ٤٢٣/٥: (وإنما يجوز اشتراء الثوب من الثياب على الاختيار والالتزام في الصنف الواحد).

٨٠ - مسألة: إذا باعه بشرط الخيار في الليل أو الظهر أو لعد، لم يدخل الحد في المحدود، وبه قال الشافعي خلافاً لإحدى الروايتين، ولأبي حنيفة. ^(١) دليلنا: أن من في اللغة للابتداء وإلى الانتهاء كقولهم: سرت من البصرة إلى الكوفة، فيجب أن يكون هاهنا مثله، وأن ينتهي الخيار إلى الليل والظهر والغد.

٨٠ - مسألة: يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث، وبه قال ابن أبي ليلى، وداود، وأبو يوسف، وقال أكثرهم: لا يجوز. إلا أن مالك يجوزه فيما تدعو الحاجة إليه. ^(٢) دليلنا: أنه خيار معلوم أشبه الثلاث، وإذا دعت الحاجة إليه، ولأنها مدة ملحقة بالعقد فهي كالأجل.

٨٠٣ - مسألة: إذا قال بعثك على أنك إن جئتنى بالثمن إلى يوم كذا وكذا وإلا فلا بيع بيننا، لم يبطل البيع، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي. دليلنا: أنه أوقف الفسخ والإمضاء على معنى من جهة أحد المتعاقدين أشبه لو شرط الخيار لأحدهما.

٨٠٤ - مسألة: إذا قبلت الأمة للمشتري في مدة الخيار لم يبطل خياره، وبه قال

(١) جاء في الممتع: ٧٨/٣: (وإن شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة، وعنه: يدخل. أما كون الغد فيما ذكر لا يدخل على المذهب، فلأن (إلى) لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها، لأن حكم ما بعد الغاية المرافق.. والأصح هو الأول، لأن إلى لانتهاء الغاية). انظر: الكافي: ٤٦/٢، والحاوي: ٣٣/٦، وفتح العزيز: ١٨٢/٤، والوسيط: ١٠٨/٣.

(٢) لقد اختلف الفقهاء في مدة خيار الشرط على ثلاثة مذاهب: المذهب الأول: أن خيار الشرط يصح اشتراطه لأي مدة ولو كانت طويلة ما دامت هذه المدة معارضة ذهب إلى ذلك الحنابلة والصاحبان من الحنفية. المذهب الثاني: أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام فأقل، ذهب إلى ذلك أبو حنيفة والشافعي وزفر. المذهب الثالث: أن الأصل في خيار الشرط ثلاثة أيام ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة أيام إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك. انظر: المغني: ٣٨/٦، شرح الزركشي: ٣٠٤/٢، وكشاف القناع: ٢٠٢/٣، وفتح القدير: ٢٩٩/٦، الخرشي: ١٠٩/٥، ومواهب الجليل: ٤١٠/٤، والجامع الصغير: ص ٢٨٢.

الشافعي^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢). دليلنا: أنها قبله لإحدى المتعاقدين فلا تبطل خياره كتقيل البائع .

٨٠٥- مسألة: إذا تباعا بشرط الخيار إلى الأبد، فالبيع والشرط باطلان، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: هما صحيحان^(٣). وقال مالك: يكون الخيار إلى مدة يختبر المبيع في مثلها. دليلنا: أنها مدة ملحقة بالعقد فهي كالأجل.

٨٠٦- مسألة: إذا اشترط في البيع شرطاً فاسداً فسد البيع، وبه قال الشافعي^(٤)، وفيه رواية أخرى: يبطل الشرط خاصة، وقال أبو حنيفة: إن اتفقا على إسقاطه عقب البيع سقط الشرط وصح البيع. دليلنا: أنه باع بيعاً باطلاً فلا تلحقه الصحة بإسقاط ما أفسده، كما لو باع درهماً بدرهمين.

فصل: والدلالة على أنه لا يبطل الشرط خاصة أن الشرط يأخذ قسط من الثمن، لأنه يختلف باختلافه، فلو أسقطناه بقي الثمن مجهولاً.

٨٠٧- مسألة: إذا كان الخيار لأحد المتبايعين ففسخ في غيبة من الآخر^(٥)،

(١) قال ابن تدامة: (وإن قبلت الأمة المشتري لشهوة لم يبطل خياره، لأنها قبله لأحد المتبايعين). الكافي: ٥١/٢.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٦٨/٢: (ولو لمسها المشتري للشهوة وله الخيار سقط، لأنه لا يحل بدون ملك، وإن لمسها لا عن شهوة لا يسقط).

(٣) جاء في الممتع: ٧٦/٣: (ولأن الخيار إلى الأبد يقتضي المنع من التصرف في المبيع على الأبد وذلك ينافي مقتضى العقد. وأما كونه يجوز على رواية أخرى فلقول الرسول ﷺ: «المؤمنون على شروطهم»).

(٤) جاء في معونة أولي النهى: ٦٦/٥: (وفاسد الشرط أنواع ثلاثة: النوع الأول: (مبطل) للعقد من أصله، وذلك كشرط بيع آخر. والنوع الثاني: ما يصح معه البيع على الأصح كاشتراط شرط ينافي مقتضاه.. وجاء في المذهب: ٥٢/٣: (فإن شرط شرطاً من الشروط التي تنافي مقتضى البيع بطل البيع..).

(٥) هذه المسألة تلخص في أنه لو شرط خيار الشرط لأحد المتعاقدين فهل يجوز له فسخ العقد في غيبة الطرف الآخر..؟ لقد حدث خلاف بين الفقهاء.. فذهب الشافعية والحنابلة إلى الصحة، بينما ذهب الأحناف إلى عدم الصحة).

فإنه يصح الفسخ^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: أنه فسخ عقد لا يحتاج إلى رضا المتعاقدين فلا يحتاج إلى حضورهما كالطلاق، وعكسه الإقالة.

٨٠٦- مسألة: إذا ابتاع وشرط الخيار للأجنبي^(٤)، صح الاشتراط^(٥)، وبه قال أبو حنيفة^(٦)، وقال الشافعي^(٧) في إبطال العقد قولان، ولا يصح الشرط قولاً واحداً. دليلنا: أن هذا الخيار لنفسه وإنما جعل الغير وكيلاً فيه، ولو وكله صح، كذلك إذا قال: الخيار للأجنبي.

٨٠٧- مسألة: إذا ابتاع نفسان بشرط الخيار كان لأحدهما أن يفسخ^(٨)، وبه قال الشافعي^(٩)، وقال أبو حنيفة: لا، حتى يفسخا جميعاً^(١٠). دليلنا: أنه رد جميع ما ملكه بالعقد أشبه إذا ردا جميعاً.

(١) جاء في الكافي: ٤٧/٢: (ولمن له خيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه، لأنه عقد جعل إلى اختياره، فجاز مع غيبة صاحبه).
(٢) قال الشيرازي: (ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ في محضر من صاحبه وفي غيبته، لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره، فجاز في حضوره وغيبته كالطلاق). انظر: المذهب: ٦/٢.
(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٧٩/٢ (وإذا كان بغير محضر من صاحبه: فقد قال أبو حنيفة ومحمد: لا يصح).

(٤) هذه مسألة خلافية؛ وتتضمن أنه هل يصح اشتراط الخيار للأجنبي؟..
(٥) جاء في الممتع: ٧٩/٣: (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلاً له فيه، لأن تصحيح الاشتراط على الوجه المذكور ممكن فوجب حمله عليه صيانة لكلامه).
(٦) جاء في اختلاف الفقهاء: ٥٥/٣: (قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار لغير العاقد، والذي شرط له الخيار، فإن أجاز له جاز وإن نقضه نقض). انظر: الأصل: ١٢٨/٥.
(٧) جاء في المذهب: ٥/٢: (وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان: أحدهما: لا يصح لأنه حكم من أحكام العقد فلا يثبت لغير المتعاقدين، والثاني: يصح).
(٨) جاء في المستوعب: ٤٥/٢: (وإذا اشترى اثنان عبداً أو غيره بشرط الخيار، فاختر أحدهما الإمضاء، فلآخر رد نصيبه خاصة بخياره).

(٩) جاء في المذهب: ١٤/٣: (ويجوز أن يشترط لهما ولأحدهما دون الآخر).

(١٠) تحفة الفقهاء: ٨٠/١.

٨١٠ - مسألة: خيار الشرط^(١) لا يورث^(٢)، وبه قال أبو حنيفة^(٣) وداود، وقال أكثرهم: يورث^(٤) دليلنا: أنها مدة ملحقة بالعقد أشبه الأجل.

٨١١ - مسألة: إذا انقضت مدة الخيار ولم يوجد ممن له الخيار، لا فسخ ولا إمضاء، بطل الخيار بمضي المدة، وبه قال أكثرهم^(٥) وقال مالك: الحاكم يجبره على الفسخ أو الإمضاء. دليلنا: القياس على الأجل.

٨١٢ - مسألة: إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح البيع، وفيه رواية أخرى: يصح في البيع دون النكاح، وقال أبو حنيفة: يصح في النكاح دون البيع، وقال أكثرهم: يصح فيهما^(٦) وجه الأولى: أن القبول مشتق من تقبل الإيجاب، فإذا عدم الإيجاب فلم يوجد الاشتقاق فلا يصح، كما لا يصح إسقاط الشفعة قبل الشراء.

٨١٣ - مسألة: الغبن الكثير يثبت الفسخ، وبه قال مالك^(٧) ولم يُحدِثه، إلا أن أصحاب مالك قدروه بالثلث، وقد حده أبو بكر في بعض كتبه بالثلث، وفي بعضها بالسدس، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يثبت الفسخ^(٨)، وقال داود: البيع باطل. دليلنا: نهيه ﷺ عن «تلقّي الركبان» وقال: فمن تلقاهم فهم

(١) لقد حدث خلاف في خيار الشرط. هل يورث أم لا؟ على قولين: الأول: لا يورث، وبه قال الحنابلة والحنفية، بينما يرى بقية الفقهاء الميراث.

(٢) قال ابن قدامة: (وإن مات أحد المتبايعين بطل خياره، ولم يثبت لورثته، لأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث). انظر: الكافي: ٥٢/٢، كشاف القناع: ٢١١/٣.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٧٢/٢: (إذا مات المشروط له الخيار فإنه يسقط الخيار، لأنه لا يورث). فتح القدير: ٣١٨/٦.

(٤) جاء في المهذب: ٦/٢: (وإن مات فإن كان في خيار الشرط انتقل الخيار إلى من ينتقل إليه المال). جاء في المدونة: ٢٠٨/٩: (ثبت الخيار للوارث).

(٥) انظر: المغني: ٤٥/٦.

(٦) الكافي: ٣/٢، والمهذب: ٥/٢.

(٧) شرح منتهى الإرادات: ١٧٢/٢، والمغني: ٣٦/٦، ومواهب الجليل: ٤٧٢/٤.

(٨) البحر الرائق: ١٦٩/٧، ومغني المحتاج: ٢٢٤/٢.

بالخيار»^(١)، وهو حجة على داود في صحة البيع، وعلى غيره في إثبات الخيار، ولأنه نقص في أحد العوضين فأنشأ الخيار، كالنقص في العوض الآخر بالعيب.

٨١٤ - مسألة: يجرى الربا فيما عدا الأشياء الستة^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال داود: لا يتعدها الربا. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾^(٤)، والربا: الزيادة، وهذا موجود فيما عدا الأشياء الستة.

٨١٥ - مسألة: علة الربا مكيل جنس فيحرم التفاضل في جميع المكيلات^(٥)، وبه قال أبو حنيفة^(٦)، وفيه رواية أخرى: مطعوم جنس، وفيه رواية ثالثة: الوصفين جميعاً، وعن الشافعي كالروايتين الآخرتين، وقال مالك: هو القوت وما يصلح القوت كالمنح وجه الأولى: قوله ﷺ: «ما وزن مثلاً بمثل إذا كان

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٤٨/٥.

(٢) لقد ذهب جمهور الفقهاء على أن الربا يتجاوز الأصناف الستة التي وردت في الحديث، قال ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل...». رواه مسلم: ١٢٤٠/٣، بينما الظاهرية يقصرنه على هذه الأصناف، وذهب الشافعية إلى أنه يجري في هذه الأصناف الستة، أو ما كان في معناها لكونه مطعوماً. المغني: ٥٣/٦.

(٣) انظر: مختصر الطحاوي: ص ٧٥، تحفة الفقهاء: ٣٣/٢، والبدائع: ٣١٠٩/٧، والأم: ١٦/٣. وجاء في شرح منتهى الإرادات: ١٩٣/٢: (مختص بأشياء، وهي المكيلات والموزونات، ورد الشرع بتحريمها، أي تحريم الربا فيها نصاً في البعض وقياساً في الباقي منها، فيحرم ربا فضل في كل مكيل مطعوم كبير وأرز، أو موزون من نقد وغيره مطعوم كسكر وغيره).

(٤) سورة البقرة: الآية: ٢٧٥.

(٥) جاء في الكافي: (أن علة الربا مختلف فيها؛ الرواية الأولى: أن العلة في الذهب والفضة هي الوزن والجنس وفي غيرها الكيل والجنس. والرواية الثانية: العلة في الذهب والفضة الثمنية، وفيما عدهما كونه مطعوم جنس. والرواية الثالثة: العلة: كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً). انظر: الكافي: ٥٤/٢.

(٦) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٥/٢: (وعلة ربا الفضل هي المتفق مع الجنس) - أعني الكيل في المكيلات، والوزن في الأثمان والمثمنات.

نوعاً واحداً وما كيل فمثل ذلك»^(١)، رواه أنس بن مالك، ولأن الجص والنورة مكيل جنس، فحرم فيه التفاضل كالحنطة والشعير.

٨١٦ - مسألة: لا يجوز بيع تمرّة بتمرتين، ولا حنطاية بحنطائيتين^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣)، خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: أن ما جرى الربا في كثيره جرى في يسيره كالموزون.

٨١٧ - مسألة: العلة في تحريم التفاضل في الذهب والفضة الوزن فيتعداه إلى كل موزون، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: العلة كونها أثمان الأشياء فلا تتعداه إلى الحديد والرصاص ونحوهما^(٥). دليلنا: أن هذه الأشياء موزونة، فحرم التفاضل فيها كالذهب والفضة.

٨١٨ - مسألة: إذا كانت الفلوس نافقة لم يجز التفاضل فيها^(٦)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز إذا أحضرها وعيناها. دليلنا: أنها موزونة جنس أشبه إذا كانت في الذمة كالدرهم والدنانير.

٨١٩ - مسألة: لا يجوز بيع سكين بسكينتين إلا أن يتساويا في الوزن، وفيه رواية أخرى: أنه يجوز^(٧)، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: أن ما جرى الربا

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ٢١٤/٣، كتاب المساقاة.

(٢) لقد حدث خلاف بين الفقهاء في هل يجري الربا في الأشياء القليلة التي لا يتأتى به الكيل؟ ذهب الجمهور أنه يجري الربا، بينما يرى الأحناف أنه لا يجري.

(٣) جاء في الممتع: ١٦٣/٣: (فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون، وإن كان يسيراً كتمرّة بتمرتين وحة بحتتين).

(٤) انظر: الأم: ١٤/٣، والبدائع: ١٨٨/٥، والمبسوط: ١١٤/١٢.

(٥) انظر: الكافي: ٥٤/٢، تحفة الفقهاء: ٢٥/٢.

(٦) جاء في المستوعب: ٧٤/٢: (فلا يجوز بيع فلس بفلسين نافقة كانت أو كاسدة بأعيانها كانت أو بنير أعيانها..).

(٧) جاء في المستوعب: ٧٤/٢: (فإن كانت السكين بوزن السكينين والابرة بوزن الأبرتين جاز، ولا اعتبار بالعدد.. ونقل حنبل وجماعة: أنه يجوز بيع ثوب بثوبين وكساء بكسائين يداً بيد).

في تبره جرى في معموله كالذهب والفضة.

٨٢٠- مسألة: لا يجري الربا في الماء^(١)، وقال محمد بن الحسن ومالك في إحدى روايتيه: يجري فيه الربا.^(٢) دليلنا: أن ما لم ينص النبي ﷺ على كيله ولا وزنه، فالمرجع فيه إلى مكيل المدينة وميزان مكة، وهذا في هذه البلاد لا يكال ولا يوزن أشبه سائر المعدودات.

٨٢١- مسألة: إذا باع ما يجري فيه الربا بما يجري فيه الربا وعلتهما واحدة، لم يجز التصرف قبل القبض كالمكيل بالمكيل والموزون، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال أبو حنيفة: يجوز إذا عينا. دليلنا: أن ما حرم النساء فيه لأجل الربا لم يجز التفرق فيه قبل القبض كالذهب والفضة، ولا يلزم الجواهر واللآلئ، لأن ذلك حرم فيه النساء، لأنه لا يضبط بالصفات.

٨٢٢- مسألة: الحنطة والشعير جنسان، فيجوز التفاضل بينهما^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك، وعن أحمد نحوه. دليلنا: ما روى عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال: «لا بأس ببيع الشعير بالحنطة»^(٥) الشعير أكثرهما، ولأنهما حباً وأن لا يقتاتان في بلد واحد غالباً، فكانا جنسين كالتمر والزبيب.

(١) جاء في الروض المربع: ص ٢٦٩: (ولا ربا في ماء ولا فيما لا يوزن عرفاً لصناعة كفلوس غير ذهب وفضة).

(٢) جاء في المذهب: ٢٧/٢: (وفي الماء وجهان؛ أحدهما: يحرم فيه الربا، لأنه مطعوم فهو كغيره. والثاني: لا يحرم فيه الربا، لأنه مباح في الأصل غير متحول في العادة فلا يحرم فيه الربا). انظر: بداية المجتهد: ١٤١/٢.

(٣) جاء في الروض المربع: ص ٢٧٠: (فإذا اختلف الجنس كبر بشعير، وحديد متجانس جاز لقول الرسول ﷺ: «فإذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» رواه مسلم وأبو داود).

(٤) جاء في المستوعب: ٧٥/٢: (وإذا اختلف الجنسان جاز بيع أحدهما بالآخر متساوياً ومتفاضلاً على جميع الروايات كالذهب بالفضة، والتمر بالزبيب، والحنطة بالشعير...).

وبدأ المجتهد: ١٣٨/٢.

(٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى: ٢٧/٤.

٨٢٣- مسألة ما ليس بمكيل ولا موزون لا يحرم فيه النساء^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وفيه رواية أخرى: الجنس بانفراده يحرم النساء، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية ثالثة: العروض بانفرادها تحرم النساء، هي اختيار الخرقى، وظاهر هذا أنه لا يجوز النساء إلا فيما في أحد عوضيه الأثمان، وقال مالك: الجنس الواحد يحرم فيه النساء إن كان متفاضلاً، فأما الجنسين فلا يحرم بحال وجه الأولى: ما روي عن عمرو بن العاص أنه قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشاً، وكان قد عزّ الظهر فكنت أبتاع البعير بالبعيرين إلى مجيء المصدق بأمر النبي ﷺ»^(٣)، ولأن النساء أحد وجهي الربا فلا يعم جميع الأموال كالتفاضل.

٨٢٤- مسألة: لا يجوز الربا في دار الحرب^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)، خلافاً لأبي حنيفة^(٦). دليلنا: أنها أحد الدارين أشبه دار الإسلام، وكل معصية لم تجز في دار الإسلام لم تجز في دار الحرب كالزنا وشرب الخمر.

(١) جاء في الممتع: ١٥٥/٣: (وما لا يدخله ربا الفضل الثياب والحيوان يجوز النساء فيهما، لما روى عبد الله بن عمرو قال: «أمرني النبي ﷺ أن أستسلف إبلاً فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى مجيء المصدق») رواه أبو داود: ٢٥٠/٣، وعنه: لا يجوز، لأنه بيع عرض بعرض فلم يجز النساء فيهما كالعرض الذي يجري فيه ربا الفضل، وعنه: لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بالحيوان، ويجوز في الجنسين كالثياب بالحيوان، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة). أخرجه الترمذي في جامعه: ٤٩٣/٣ وقال: حديث صحيح.

(٢) المذهب: ٦٢/٣.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه عن عبد الله بن عمرو: ٣٥٠/٣.

(٤) لقد حدث خلاف بين الفقهاء: هل الربا يجري في دار الحرب أم لا...؟ وسبب الخلاف يرجع هل الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا؟ ذهب الأحناف إلى أنهم مخاطبون بالإيمان وليسوا بمخاطبين بالشرائع.. بينما يرى الشافعية أنهم مخاطبون بالشرائع.

(٥) المجموع: ٤٤٢/٩، وجاء في الروض المربع: ص ٢٧٤: (ويحرم الربا بين المسلمين مطلقاً بدار إسلام أو حرب).

(٦) بدائع الصنائع: ٢١٢٧/٧، وفتح القدير مع العناية: ٣٨/٧، والمبسوط: ٥٦/١٤.

٨٢٤- مسألة: ما لم ينص النبي ﷺ على كيله أو وزنه، فالمرجع في كيله ووزنه إلى عرف أهل مكة والمدينة في وقت النبي ﷺ، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبوحنيفة: المرجع إلى عادة البلد الذي هو فيه. دليلنا: ما تقدم من قوله: «المكيال مكيال المدينة، والميزان ميزان أهل مكة»^(٢)، ومعلوم أنه لم يرد لا مكيال ولا ميزان إلا بمكة والمدينة، إلا أنه أراد أنه يجب أن يرجع إلى عرفهما.

٨٢٦- مسألة: لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق، وكذلك الحنطة بالسويق، والسويق بالحنطة خلافاً لإحدى الروایتين^(٣) ولمالك^(٤) دليلنا: أنه جنس يجري فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالتفضيل في الثاني، أو على صفتين مختلفتين أشبه بيع اللحم بالحيوان.

فصل: فإن قلنا بالرواية الثانية فإنما يجوز متساوياً، وقال مالك وأبو يوسف ومحمد: يجوز متفاضلاً ومتساوياً. دليلنا: أن السويق والدقيق من أجزاء الحنطة فلا يباح التفاضل فيهما كالدقيق بالدقيق، والسويق بالسويق.

٨٢٧- مسألة: يجوز بيع الدقيق بالدقيق^(٥)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٦).

(١) الممتع: ١٥٢/٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٤٦/٣، والنسائي: ٥٤/٥.

(٣) قال ابن قدامة: (ولا يجوز بيع حبه بدقيقه. وعنه الجواز إذا تساوى وزناً، لأن الدقيق أجزاء الحب فجاز بيعه به.. والمذهب الأول، لأن البر ودقيقه مكيالان، ولا بيع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً، ولا يمكن التساوي في الكيل، لأن الطحن فرق أجزاء الدقيق ونشرها). انظر: الكافي: ٦١/٢، وانظر: المذهب: ٣٦/٢.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٥٢/٣.

(٥) جاء في الممتع شرع المقنع: ١٤٥/٣: (ويجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة، ومطبوخه بمطبوخه...).

(٦) قال الشيرازي: (ولا يجوز بيع دقيقه بدقيقه. وروى المزني عنه في المنثور أنه يجوز، وإليه أوماً البويطي، لأنهما يتساويان في الحال ولا يتفاضلان في الثاني فجاز بيع أحدهما بالآخر كالحنطة بالحنطة، والصحيح الأول، لأنه جهل التساوي بينهما في حال الكمال والادخار) انظر: المذهب: ٣٦/٢. وجاء في الممتع: ١٤٥/٣: (ويجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة).

دليلنا. أن ما جاز بيع بعضه ببعض قبل تفرق أجزائه جاز بعد تفريقها كالدرهم والسهم والعنب.

٨٢٨- مسألة : لا يجوز بيع الحنطة المبلولة باليابسة^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ وقد سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال : «أينقص الرطب إذا يبس...؟ قالوا: نعم، قال : فلا إذا»^(٢)، فجعل العلة النقصان في أحدهما. وهذا موجود هاهنا ، ولأنهما افترقا في صفة مقصودة أشبه إذا كان أحدهما نية والآخر مقلية ، والعلة الصحيحة ما تقدم ، وإنه جنس يجري فيه الربا ببيع بعضه ببعض علي وجه ينفرد أحدهما بالنقصان في الثاني فهو كالدقيق بالحنطة.

٨٢٩- مسألة : خل العنب والتمر جنسان، فيجوز التفاضل بينهما، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال مالك : هما جنس واحد. دليلنا: أنها فروع لأصول هي أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأخباز.

٨٣٠- مسألة : لا يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافاً، وبه قال أكثرهم، وقال مالك^(٤) : يجوز في جميع الموزونات إلا الذهب والفضة خاصة، فإنهم يكرهون ذلك فيهما واختلف أصحابه فمنهم من قال : يجوز ذلك عند عدم الميزان في السفر ونحوه، ومنهم من قال : يجوز بكل حال. دليلنا: أنه جنس يجري فيه الربا فلا يجوز بيع بعضه ببعض بالتحري كالمكيلات.

(١) الممتع: ١٤٥/٣.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: ٤٨٥/٢، وابن ماجه: ٧٦١/٢، وأبو داود: ٢٥١/٣.

(٣) جاء في الكافي: ٥٦/٢: (والمتخذ من أموال الربا معتبر بأصله، فما أصله جنس واحد، فهو جنس واحد وإن اختلفت أسمائه فدقيق الحنطة والشعير جنسان.. وخل العنب وخل التمر، وعنه أنهما جنس، والأول أصح). انظر: المهذب: ٣٠/٢.

(٤) الشرح الصغير: ٣٦/٣.

٨٣١- مسألة: اللحمان كلها أجناس، ولا يحرم التفاضل فيها^(١)، وهي اختيار أبي بكر، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وفيه رواية أخرى: الطير جنس، والوحش وبهيمة الأنعام جنس ودواب البحر جنس، فيكون ثلاثة، وبه قال مالك^(٣)، واختار الخرقى إنها جنس واحد، وعن الشافعي أنها أجناس^(٤)، وروي عنه أنها جنس وجه الأولى: إنها فروع لأصول هي أجناس فكانت أجناس كالأدقة والأخباز.

٨٣٢- مسألة: لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة^(٦) دليلنا: ما روى ابن عمر عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع الرطب بالتمر، وأرخص في العرايا»^(٧) وروى أبو سعيد الخدري أنه سأل رسول الله ﷺ عن

(١) قال ابن قدامة: (وفي اللحم ثلاث روايات؛ إحداهن: أنه كله جنس واحد، لأنه اشترك في الاسم الواحد. والثانية: أنه أربعة أجناس.. لحم الأنعام، ولحم الوحش، ولحم الطير، ولحم دواب الماء، لأنها تختلف منفعتها، والقصد إلى أكلها فكانت أجناساً. والثالثة: أنها أجناس، لأنها فروع أجناس فكانت أجناساً). انظر: ٨٤/٦.

(٢) بدائع الصنائع: ١٨٩/٥.

(٣) قال مالك: (للحوم ثلاثة أصناف: فلهم ذوات الأربع صنف، ولحم ذوات الماء صنف، ولحم الطير كله صنف واحد). بداية المجتهد: ١٣٦/٢.

(٤) جاء في المذهب: ٣٠/٢: (وفي اللحمان فقال في أحد القولين: هي أجناس، وهو قول المزني. وهو الصحيح، لأنها فروع لأصول هي أجناس فكانت أجناساً كالأدقة والأدهان، والثاني: أنها جنس واحد، لأنها تشترك في الاسم).

(٥) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٩٦/٢: (ولا يصح بيع رطب الجنس الربوي بيايسه، كرطب بتمر)، وقد استدلو على ذلك لأن النبي ﷺ جوز بيع التمر بالتمر بشرط أن يكونا متساويين، وهنا لا يوجد التساوي، لأن الرطب إذا جف لا بد وأن ينقص). انظر: الأم: ٢٤/٣، والوجيز: ١٣٧/١، والكافي: ٦٣/٢.

(٦) ذهب الحنفية إلى أنه يجوز بيع الرطب بالتمر، لأن الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا، أو لا يكون تمرًا، فإن كان تمرًا فإنه يجوز، لأن التمر بالتمر متساويان فيجوز، أما إذا لم يكن الرطب تمرًا فإنه يجوز، لأنه باع بخلاف جنسه). انظر: مختصر الطحاوي: ص ٧٧، وفتح القدير: ٢٧/٧، والمبسوط: ١٨٤/١٢.

(٧) أخرجه الحاكم في مستدركه: ٤٥/٢ من طريق سعد بن أبي وقاص، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٩٤: ٥.

بيع الرطب بالتمر، فقال : «أينقص الرطب إذا يبس. قالوا : نعم، قال : فلا إذا»^(١)، ولأنه جنس يجري فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينقص أحدهما عن الآخر في الثاني، فهو كبيع الحنطة بالدقيق.

٨٣٣- مسألة^(٢) : لا يجوز بيع الرطب بالرطب^(٣)، وبه قال أبو حنيفة^(٤) خلافاً لأكثرهم^(٥) دليلنا : أن ما جاز بيع بعضه ببعض يابساً جاز رطباً كاللبن.

٨٣٤- مسألة : إذا باع جنساً يجري فيه الربا بجنسه ومع أحدهما أو مع كل واحد منهما من غير جنسه، لم يجز به. وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لإحدى الروايتين ولأبي حنيفة. دليلنا : ما روى فضالة بن عبيد أن رجلاً أتى النبي ﷺ يوم خيبر فقال: يا رسول الله ابتعت قلادة فيها ذهب وخرز بسبعة دنانير، أو قال تسعة، فقال له النبي ﷺ : «لا حتى تميز، فقال : إنما قصدت الخرز. فقال : لا حتى تميز»^(٧)، وهذا نظير مسألتنا، لأنه ذهب بذهب جمعت مع أحدهما غير جنسه وهو الخرز، ولأنه جنس يجزئ فيه الربا بيع بعضه ببعض ومع أحدهما من غير جنسه، فلا يصح كما لو باع دينار ودرهم بدينار.

- (١) أخرجه الإمام مالك في الموطأ: ٦٢٤/٢، وأبو داود: ٢٥١/٣، وابن ماجه: ٧٦١/٢.
- (٢) هذه المسألة بها خطأ من الناسخ. ولعل صحتها: [يجوز بيع الرطب بالرطب]، لأن هذا هو مذهب الحنابلة والأحناف ...
- (٣) جاء في الكافي: ٦٣/٢: (يجوز بيع رطبه برطبه) وجاء في شرح منتهى الإرادات مثل ذلك.
- (٤) جاء في كتب الحنفية قال أصحابنا جميعاً: (يجوز مثلاً بمثل ... وقال: يجوز بيع الرطب بالرطب). انظر: المبسوط: ١٨٤/٢، والمدونة: ١٠٢/٤.
- (٥) انظر: المذهب: ٣٣/٢.
- (٦) لقد حدث خلاف في هذه المسألة، فقال مالك والشافعي وأحمد: لا يجوز .. وقال أبو حنيفة والكوفيون: يجوز. وسبب الخلاف يرجع هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً له في الصحة؟. انظر: بداية المجتهد: ١٤٠/٢، والكافي لابن قدامة: ٥٨/٢، والممتع: ١٥٠/٣.
- (٧) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٤٩/٣ حديث رقم ٣٣٥١.

٨٣٥- مسألة: لا يجوز بيع اللحم بالحيوان المأكول، وبه قال الشافعي^(١)، وهذا على الرواية التي تقول: اللحم جنس. فأما إن قلنا: إنها أجناس فإنما يحرم ذلك إذا كان من جنس الحيوان، وقال أبو حنيفة^(٢): يجوز على الإطلاق، وقال مالك: إن كان الحيوان معد للحم لم يجز. دليلنا: ما روى سهل بن سعيد الساعدي: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان»^(٣)، ولأنه جنس يجري فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه أشبه الحنطة بالدقيق، والسهم بالعصير. وعلى مالك^(٤): إذا كان معد للحم ولا يلزم إذا باعه بعبد أو حمار، لأنه ليس بأصله، ولا يلزم بيع الدراهم المكسرة بالصالح، لأن الجميع أصل.. ألا ترى أن المكسر يصرف فيصير أصلاً فلم يخرج بالتكسير عن أن يعود إلى الصالح واللحم بخلافه.

٨٣٦- مسألة: لا يجوز بيع شاة فيها صوف بصوف، وكذلك ما فيها لبن بلبن، وفيه وجه آخر: أنه يجوز، وهو اختيار ابن حامد^(٥)، وقال أبو حنيفة: يجوز بشرط أن يكون اللبن والصوف أكثر مما في الحيوان. دليلنا: ما تقدم أنه جنس يجري فيه الربا تبع بأصله الذي فيه أشبه اللحم بالحيوان، وعلى أبي حنيفة إذا كان الصوف الذي في البهيمة أو اللبن أكثر، أو مثله.

٨٣٧- مسألة: إذا تصارفا^(٦)، ثم ظهر على عيب من الجنس كالوضوح في

(١) الروض المربع: ص ٢٧٠.

(٢) بدائع الصنائع: ١٨٩/٥، والدر المختار: ١٨٤/٤.

(٣) أخرجه الدارقطني: ٧٠/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٩٦/٥، عن سعيد بن المسيب.

(٤) جاء في الممتع: ١٥١/٣: (ولا يجوز بيع اللبن بشاة ذات لبن، والصوف بنعجة عليها صوف روايتان). وانظر: المذهب: ٣٧/٢.

(٥)

(٦) الصرف: هو بيع نقد بنقد. وسمي صرفاً لأنصرف كل واحد منهما عن صاحبه. انظر:

الروض المربع: ص ٢٦٩، والممتع: ١٥٧/٣.

الذهب والسود في الفضة، وكان العقد على عين بعين^(١) فليس له إلا الإمساك أو الفسخ، وليس له المطالبة بالبدل، ولا فرق بين أن يكون قبل الافتراق أو بعده، فأما إن كان على ما في الذمة ثم تقابضا نظرت، فإن كان في المجلس كان له المطالبة بالبدل رواية واحدة، وإن كان بعد المجلس فليس له المطالبة بالبدل في إحدى الروايتين، وله الإمساك أو الفسخ^(٢)، وبه قال أبو حنيفة. والرواية الأخرى: له البدل، وعن الشافعي كالروايتين^(٣)، والأولى اختيار أبي بكر عبدالعزيز، والثانية إختيار الخلال والخرقي، وعن أحمد رواية أخرى: قد لزم البيع، ولا حق له وجه الأولى: إن ما جاز المطالبة ببدله قبل التفرق جاز بعده إذا كان العقد صحيحاً كالمكيلات والمعدودات، ولا يلزم إذا كان العيب من غير الجنس، لأن بالتفرق يبطل البيع.

٨٣٨- مسألة: الدراهم والدنانير يتعينان بالعقد، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه عوض مشار إليه فهو كالعروض، ولأن ما تعين بالغصوب والوديعة، تعين بالبيع، أصله ما ذكرنا.^(٥)

(١) جاء في كشف القناع: ٢٦٧/٣: (وإن تصارفا على عينين أي معينين وظهر عيب، فإن كان من جنس المعيب كالسود في الفضة والخشونة فيها... فالعقد صحيح، لأن العيب لا يبطل البيع سواء ظهر العيب قبل التفرق أو بعده، وله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرض، فإن رده بطل العقد وليس له البدل، وإن أمسكه فله أرضه في المجلس...).

(٢) انظر: كشف القناع: ٢٦٨/٣، الممتع: ١٥٨/٣ وما بعدها.

(٣) الميسوط: ٦٠/١٤، والمدونة: ٤١٨/٣، والأم: ٣١/٣.

(٤) جاء في الممتع: ١٥٨/٣: (والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها، لأنه أحد العوضين فتعين بالتعيين).

(٥) قال في المغني: ١٠٣/٦: (والدراهم والدنانير تتعين في العقد، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عناه، ويتعين عوضاً فيه، فلا يجوز إبداله وإن خرج مغضوباً، بطل العقد). ثم ساق مذهب أبي حنيفة بقوله: (ولا يبطل العقد بخروجها مغضوبة).

٨٣٩- مسألة: إذا ابتاع نخيلاً وفيه ثمرة لم تؤبر كالطلع فهي للمشتري^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة: هي للبائع. دليلنا: قوله ﷺ في رواية ابن عمر: «من باع نخلاً مؤبراً فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٣). دليله: أن غير المؤبر لا يكون للبائع، ولأنه نماء كامن لظهوره غاية أشبه اللبن في الضرع، والحمل في البطن.

٨٤٠- مسألة: إذا ابتاع نخيلاً وفيه ثمرة مؤبرة فهي للبائع مبقاة إلى الجذان، ذكره الخرفي^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يقطع في الحال. دليلنا: أن من ابتاع مشغولاً بملك غيره فإنه يأخذه بإزالته على الوجه المعتاد كما لو ابتاع داراً فيها أثاث وقماش كثير، فإنه لا يكلف نقله في ساعة واحدة ولا ليلاً، كذلك هاهنا.

٨٤١- مسألة: إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها ولم يشترط القلع، فالبيع باطل^(٥)، وقال أبو حنيفة^(٦): صحيح ويؤمر بقطعها. دليلنا: «نهيه ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»^(٧)، وظاهر هذا البطلان بكل حال قام الدليل على أنه إذا شرط

(١) جاء في الكافي: ٦٩/٢: (من باع نخلاً مؤبراً فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فتكون له... وإن لم يؤبر فهي للمشتري إلا أن يشترطها البائع فتكون له).

(٢) جاء في المهذب: ٤٠/٢: (وإن باع نخلاً وعليها طلع لم يؤبر دخل في بيع النخل، وإن كان مؤبراً لم يدخل).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، فتح الباري: ٤٩/٥ حديث رقم ٢٣٧٩. ومسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها تمر، شرح النووي: ١٩١/١٠.

(٤) انظر: كشف القناع: ٢٧٩/٣، حلية العلماء: ٥٤٧/٢، بداية المجتهد: ٢٤٦/٣.

(٥) جاء في حلية العلماء: ٥٥٠/٢: (ولا يجوز بيع الثمرة والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، وبه قال مالك وأحمد... وقال أبو حنيفة: يصح بيعها مطلقاً ويقتضي ذلك القطع). انظر: المهذب: ٤٤/٢، والممتع شرح المقنع: ١٦٨/٣.

(٦) فتح القدير: ٤٨٨/٥.

(٧) أخرجه البخاري في صحيحه: ٧٦٦/٢، ومسلم: ١١٩٠/٣.

القطع جاز بقى الباقي على ظاهره، ولأنه أفرد الثمرة النامية بالبيع قبل بدو صلاحها من غير شرط، فلا يصح كما لو شرط بقاءها.

٨٤٢- مسألة: إذا اشترى ثمرة قد بدا صلاحها بشرط البقاء جاز^(١)، وبه قال أكثرهم. وقال أبو حنيفة: لا يصح. دليلنا: أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها»، وحتى للغاية وما بعدها يخالفها، فإذا كان قبل الصلاح يبطل بشرط البقاء يجب أن يكون بعده يصح بشرط البقاء.

٨٤٣- مسألة: إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى صلت^(٢) بطل البيع، وهو اختيار أكثر الأصحاب، وفيه رواية أخرى: لا يبطل البيع، وبه قال أكثرهم، وقد روي عنه: يتصدقان بالنماء، وروي: يشتركان فيه. وجه الأولى: إن هذا ذريعة، أي أن كل من أراد أن يشتري ثمرة لم تصلح وتركها أن يشترط القطع ثم لا يقطع، والذرائع عندنا معتبرة، ولهذا قتلنا الواحد بالجماعة والجماعة بالواحد، حتى لا يكون ذريعة إلى إسقاط القصاص.

٨٤٤- مسألة: إذا بدا الصلاح في نوع واحد، كان ذلك صلاحاً لجميع ذلك النوع^(٣) الذي في هذا الفراج وبه قال الشافعي، وقال مالك: يكون صلاحاً

(١) جاء في الممتع: ١٧٢/٣: (وإن بدا الصلاح في الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية). انظر: الكافي: ٧٧/٢.

(٢) جاء في الممتع: ١٧١/٣: (لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها)، استثنى منه ما اشترا، بشرط القطع، فقطع بالإجماع فيبقى فيما عدده على مقتضى الدليل).

(٣) جاء في حلية العلماء: ٥٥٠/٢: (فإن بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط فباع ما لم يبد صلاحه ففيه وجهان؛ أحدهما: أنه يجوز، والثاني: لا يجوز).

وهل يكون بدو الصلاح في نوع من جنس [يدو للصلاح] في غيره من ذلك الجنس...؟ فيه وجهان؛ أحدهما: أنه يضم إليه في جواز البيع، والثاني: أنه لا يضم إليه وهو الأصح، وانظر: المغني: ١٧٥/٦.

لجميع ما في الفراج وما قاربه، وعن أحمد مثله. وقال أبو بكر : يكون صلاحاً لتلك الشجرة خاصة، فالدالة على أبي بكر أنه لما كان صلاح بعض النخلة صلاحاً لجميعها، كذلك في النوع، ولأنهما يتقاربان، وأما الدالة على مالك إنه خارج عن الفراج فلا يحكم بصلاحه بصلاح غيره كالبعيد منه.

٨٤٥- مسألة : إذا باع نخلاً بعضه مؤبر، فالجميع للبائع^(١)، ذكره ابن حامد، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو بكر : ما أبر خاصة للبائع، وذكر أنه منصوص عن أحمد : وجاء قول ابن حامد : أننا لو لم نفعل ذلك أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي، فهذا جعلنا جميعه لأحدهما كما فعلنا في بدو الصلاح.

٨٤٦- مسألة : لا يجوز بيع ما بطن من الثمار، وكذلك الجزر والكراث حتى يقطع ويشاهد، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال مالك : يجوز.^(٤) دليلنا : أنه باع ما لم يره ولا وصف له أشبه بيع الحمل في البطن، والنوى في التمر .

(١) هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء وخاصة المذهب الحنبلي. فقد جاء في الكافي لابن قدامة: ٦٩/٢ : (فإن أبر بعض الحائط دون بعض، فما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري في ظاهر كلام أحمد وقول أبي بكر للخبر .. وقال ابن حامد: الكل للبائع، لأن اشتراكهما في الثمرة يؤدي إلى الضرر واختلاف الأيدي). انظر: الممتع: ١٦٤/٣.

(٢) قال الشيرازي: (وإن باع حائطاً أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر، فيكون الجميع للبائع، لأننا لو قلنا إن ما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري، أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي، فجعل ما لم يؤبر تبعاً للمؤبر، لأن الباطن يتبع الظاهر، ولم نجعل ما أبر تابعاً لما لم يؤبر لأن الظاهر لا يتبع الباطن). انظر: حلية العلماء: ٥٤٧/٢.

(٣) جاء في كشف القناع: ١٦٦/٣ : (ولا يصح بيع مستور في الأرض ورقه فقط، كلفت وفجل وجزر وقلقاس وبصل وثوم ونحوه قبل قلعه ومشاهدته للجهالة بما يراد منه).

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٢١٢/٣ : (بيع اللفت والجزر والكرنج جائز عند مالك إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل، ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعاً).

٨٤٧- مسألة : يجوز بيع الحنطة في سنبله، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(١).

دليلنا: ما روى ابن عمر : «أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض»^(٢)، ولأنه بيع الحب في سنبله أشبه الشعير .

٨٤٨- مسألة : إذا باع ثمرة واستثنى منها أرطالاً لم يصح، وبه قال أكثرهم^(٣)

خلافاً لمالك. دليلنا: أن المبيع يكون معلوماً بالمشاهدة أو بالأجزاء، وهذا معدوم هاهنا، أشبه إذا قال : بعثكها الأجزاء.

٨٤٩- مسألة : يجوز أن يبيع شاة ويستثنى سواقطها، وبه قال مالك^(٤) خلافاً

لأكثرهم.^(٥) دليلنا: ما روى أبو حفص عن أصحابنا بإسناده : «أن النبي ﷺ أقبل من مكة ومعه عامر بن فهيرة وأبو بكر فمضيا إلى راعي واشتريا منه شاة وشرطا له سلبها»^(٦)، ولأن الاستثناء والمستثنى منه معلومان أشبه إذا قال: بعثك هذه العشرة شياة إلا واحدة وعينها.

(١) جاء في حلية الفقهاء: ٥٢٦/٢: (وفي بيع الحنطة في سنبليها قولان أصحابهما: أنه لا يجوز. والثاني: وهو قوله القديم: أنه يجوز وهو قول أبو حنيفة، ومالك، وأحمد). انظر: الممتع: ١٤٦/٣. وقال ابن رشد: (واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب، فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة، وقال الشافعي: لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتد، لأنه من باب الغرر). بداية المجتهد: ٢٠٧/٣.

(٢) رواه الترمذي في السنن: ٥٢٩/٣، وابن حبان في صحيحه: ٣٧٠/١١، وأحمد في مسنده: ٥/٢.

(٣) انظر: الممتع: ٣٩/٣ وما بعدها.

(٤) جاء في الكافي: ٣٥/٢: (وإن باع حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه وجلده وسواقطه صح، نص عليه، لأنها أشياء معلومة).

(٥) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٨٢/٣: (في بيع البعير إلا جلده. قال أصحابنا: لا يجوز ذلك وهو قول الثوري، وكذلك إذا استثنى سلبتها وهو الجلد والرأس).

(٦) لم أجد.

٨٥٠ - مسألة: ما تهلکه الجوائح فهو من ضمان البائع^(١)، وفيه رواية أخرى: إن كان الثلث فصاعداً فهو من ضمانه، وما دون ذلك من ضمان المشتري، وبه قال مالك، وقال أكثرهم: الضمان على المشتري. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع السنين ووضع الجوائح»^(٢)، ومعناه عن المشتري.. ألا ترى أنه قال في حديث آخر: «أرأيت أن منع الله الثمرة ثم يأخذ أحدكم مال أخيه»، ولأن الثمرة في رؤوس النخيل كالمنافع، لأنها تؤخذ حالاً فحال، ولأنها لو هلكت بعطين كانت من ضمان البائع، وإذا كان كذلك جرى مجرى المنافع إذا هلكت قبل مضي المدة.

٨٥١ - مسألة: يجوز بيع العرايا الرطب في رؤوس النخيل بخرصه تمرّاً على وجه الأرض، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال أبو حنيفة: لا يجوز. دليلنا: ما روى سهل بن أبي خيثمة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا تباع بخرصها تمرّاً يأكلها أهلها رطباً»^(٤)، وروى أبو هريرة: أن

(١) الممتع: ١٧٣/٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٥٤/٣.

(٣) لقد أجاز جمهور الفقهاء بيع العرايا بالشروط الآتية:

أ - أن يكون الرطب على رؤوس النخل. فلو كان على وجه الأرض لم يجز، لأن الرخصة وردت في بيعه على رؤوس النخل.

ب - كون المبيع دون خمسة أوسق.

ج - أن يكون بالمشتري حاجة إلى أكل الرطب.

د - أن لا يكون معه ثمن غير التمر، لقوله في الحديث: (ولا نقد بأيديهم..).

هـ - أن يقبض البائع الثمن والمشتري الرطب قبل تفرقهما، لأنه بيع تمر بتمر فاعتبرت فيه.

انظر: حلية العلماء: ٥٧٩/٢، والممتع: ١٤٨/٣، والأم: ١٧١/٦، والحاوي: ٢٥٨/٦، والوسيط: ١٨٧/٣.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ٧٦٤/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٠٩/٥.

النبي ﷺ «أرخص في العرايا فيما دون خمسة أوسق، أو قال : خمسة أوسق، شك داود بن الحصين»^(١).

فصل : ويجوز ذلك من الواهب وغيره، وبه قال الشافعي، وقال مالك : يختص بالواهب وهو أن يهب لرجل ثمرة نخله من قراحه ثم يكره دخوله وخروجه فيشتريها منه بتمر. دليلنا : أنه عقد يجوز مع الواهب فجاز مع غيره كجميع العقود.

فصل : ويجوز ذلك نقداً، ولا يجوز نسيئة، وبه قال الشافعي، وقال مالك : يجوز نسيئة. دليلنا : أن النبي ﷺ نهى أن يباع الرطب بالتمر نسيئة^(٢)، ولأنه جنس يجري فيه الربا يبيع بعضه ببعض نساء أشبه الحنطة بالحنطة.

فصل : ولا يجوز إلا عند الحاجة، وهو أن لا يكون معه ما يشتري به الرطب إلا التمر، وقال الشافعي : يجوز بكل حال.^(٣) دليلنا : أنه ورد على سبب، وإن القوم شكوا إلى رسول الله ﷺ «أنه يجيء الرطب وليس في أيدينا إلا فضول تمرنا فأباحهم ذلك»، وإذا كان كذلك لم يتعد موضع الحاجة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه : ٧٦٤/٢ ، ومسلم في صحيحه : ١١٧١/٣ .

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه : ٤٥/٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٢٩٤/٥ ، والدارقطني في سننه : ٤٩/٣ .

(٣) جاء في المذهب : ٣٤.٢ : (وهل يجوز للأغنياء ؟ فيه قولان : أحدهما : لا يجوز، وهو اختيار المزني، لأن الرخصة وردت في حق الفقراء، والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فبقى في حقهم على الحظر. والثاني : أنه يجوز ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر إلا أنه رخص في العرايا، فلم يفرق ، فكل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع).

فصل : ويجوز فيما دون خمسة أوسق، وقال الشافعي : يجوز بغير تحديد.^(١)
 دليلنا : أن في لفظ الحديث^(٢) «في خمسة أوسق، أو قال : دون خمسة أوسق»،
 والأصل الحظر فما تيقناه هو ما دون خمسة أوسق أتينا، ونفى الباقي على
 الأصل.

٨٥١- **مسألة :** إذا قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، أو هذا الثوب كل
 ذراع بدرهم، أو هذه الشياه كل شاة بدرهم، صح البيع، أو ما إليه الخرقى^(٣)
 في مسألة الصبرة والباقي على قياسه، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة في
 مسألة الصبرة : البيع صحيح في قفيز منها، وأما بقية المسائل فإن لم يكن
 يعلم المبلغ فالبيع باطل، وإن كان يعلم فهو بالخيار بين الأخذ والفسخ. دليلنا :
 أن ثمن كل ثوب معلوم، وإنما بقى أن يعلم جملة الثمن، بمعنى لا يقف على
 المتعاقدين فهو كبيع ده يازده.^(٤)

٨٥٢- **مسألة :** إذا قال : بعثك ذراعاً من هذا الدار وهما يعلمان مبلغ الذراعان

(١) المذهب عند الشافعي أنه لا يجوز فيما زاد على خمسة أوسق لما رواه أبو هريرة قال : رخص
 النبي ﷺ في بيع العرايا بخرصها من الثمر فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، شك
 داود في ذلك. انظر : الأم : ١٧١/٦، والحاوي : ٢٦١/٦، والوسيط : ١٨٧/٣، والمهذب :
 ٣٣/٢.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو
 الفضة. انظر : فتح الباري : ٣٨٧/٤.

(٣) جاء في الروض المربع : ص ٢٥١ : (وإن باع ثوباً أو صبرة وهي الكومة المجموعة من الطعام،
 أو باع قطعاً كل ذراع من الثوب بكذا، أو كل قفيز من الصبرة بكذا، أو كل شاة من
 القطيع بدرهم صح البيع ولو لم يعلم قدر الثوب والصبرة والقطيع، لأن المبيع معلوم
 بالمشاهدة، والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه لا تتعلق بالمتعاقدين وهي الكيل والعد
 والذرع).

(٤) ده يازده : « ده » : عشرة بالفارسية، و « يازده » : أحد عشر - أي لا بأس أن يبيع ما اشتراه
 بعشرة بأحد عشر، أو اثني عشرة. انظر : المهذب للشيرازي : ٥٧/٢.

صح العقد^(١)، وبه قال مالك^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣): أنه لا يصح أصلاً، دليلنا: أنهما إذا علما المبلغ وإنه عشرة فقال: بعتك ذراعاً حصل كأنه قال العشر، ولو صرح بذلك صح، كذلك وإن لم يصرح.

٨٥٤- مسألة: إذا باع صبرة طعام^(٤) مجازفة وانفرد البائع بمعرفة مبلغها، لم يجز ذلك^(٥)، وللمشتري الخيار، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم: أن البيع لازم، دليلنا: ما روي: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم قدر كيله»،^(٦) ولأنه تغيرير بالمشتري، فلهذا منعنا منه كالعيب.

٨٥٥- مسألة: لا يجوز بيع المكيلات بالمكيلات، ولا الموزونات بالموزونات جزافاً^(٧) وإن كانا من جنسين خلافاً لأكثرهم، دليلنا: نهيه عن بيع الطعام بالطعام مجازفة، ولأنه يبيع طعام بطعام مجازفة أشبه إذا كانا من جنس واحد، وإذا شرطاً خيار أربعة أيام.

(١) جاء في المذهب: ١٧/٢: (وإن قال بعتك عشرة أذرع من هذه الدار، أو عشرة أذرع من هذا الثوب، فإن كان يعلمان ذرعان الدار أو الثوب، وأنها مائة ذراع صح البيع في عشرها، لأن العشرة من المائة عشرها فلا فرق بين أن يقول: بعتك عشرها، وبين أن يقول: بعتك عشرة من مائة ذراع منها). انظر: الوسيط: جـ ٣، ص ٢٨، وفتح العزيز: ١٣٨/٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد: ٢١٣/٣ وما بعدها، والممتع: ٣٩/٣.

(٣) انظر: المصنف: ١١٠/٨، والمبسوط: ١٩/١٣.

(٤) سميت صبرة: لإفراغ بعضها على بعض. كشف القناع: ١٦٨/٣.

(٥) جاء في كشف القناع: ١٦٩/٣: (ويصح بيع الصبرة جزافاً مع جهلها - أي جهل المتبايعين كيلها - اكتفاء برؤيتها، ويؤيده حديث ابن عمر: «كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» متفق عليه، أو مع علمهما أي علم المتبايعين مقدارها لعدم المانع). (ومع علم بائع وحده قدرها يحرم عليه بيعها جزافاً لقول الرسول ﷺ: «من عرف مبلغ شيء فلا يبيعه جزافاً حتى يعينه»، ولما فيه من الغرر ولمشتري الرد).

(٦) أخرجه النسائي في باب بيع الصبرة من الطعام بالصبرة من الطعام من كتاب البيوع، المجتبى: ٢٣٧/٧، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه: ١٣١/٨.

(٧) قال الرافعي: (ولو جرى البيع مجازفة أو بالتخمين لم يصح، وإن تحققت المماثلة من بعد المحرر للرافعي، الحاوي: ١٢٦/٦، وفتح العزيز: ١٧٠/٨).

٨٥- مسألة: المبيع المتعين من ضمان المشتري^(١)، وقال مالك: إن امتنع المشتري من قبضه وهو قادر على ذلك حصل في ضمانه، وقال أكثرهم: لا يكون من ضمانه حتى يقبضه^(٢)، وعن أحمد نحوه. دليلنا: قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٣)، والخراج هاهنا للمشتري، ولأنه مبيع متعين أشبه المقبوض.

فصل: فإن كان غير متعين كالقفيز من صبرة، فإن كان الهلاك بفعل الله بطل البيع، وإن كان بفعل آدمي غير المشتري كان المشتري بالخيار بين أن يفسخ أو لا يفسخ ويطالب المتلف بقيمته. وقال أبو حنيفة: إن أتلّف البائع فسد البيع، وإن كان غيره لم يفسد. وعن الشافعي قولان في بطلانه في الجملة. دليلنا: أنه إذا كان الإتلاف بفعل الله تعالى فليس هناك بدل يجعل مكان المبيع، فلهذا بطل، وإذا كان بفعل آدمي فهناك قيمة تجعل مكان المبيع وبدلاً عنه، فلهذا لم يبطل.

٨٥١- مسألة: إذا كان المبيع متعيناً ملك المشتري التصرف فيه بالبيع والهبة ونحوهما، وبه قال مالك^(٤)، وقال أكثرهم: لا يتصرف إلا أن أباحنيفة وافقنا في العقار خاصة. دليلنا: أنه مبيع متعين أشبه المقبوض كالعقار على أبي حنيفة.

فصل: وهكذا الحكم في الصداق، وقال أبو حنيفة: يتصرف في الصداق

(١) جاء في الروض المربع: ص ٢٦٧: (وإن تلف ما عدا المبيع بكيل ونحوه فمن ضمان المشتري... هذا ما لم يمنعه بائع من قبضه، فإن منعه حتى تلف ضمنه ضمان غصب).

(٢) جاء في المحرر للرافعي: (المبيع قبل القبض من ضمان البائع). انظر: الحاوي: ٢٥١/٦، فتح العزيز: ٢٨٦/٤.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٨٦/٣، وابن ماجه: ٧٥٤/٢.

(٤) جاء في كشاف القناع: ٢٤٤/٣: (ونماء أي مبيع عذا مكيل ونحوه كعبد معين، وصبرة معينة يجوز التصرف فيه قبل قبضه ببيع وإجارة وهبة ورهن، لأن التعيين كالقبض). المدونة: ١١٦٦/٤.

تعين أم لم يتعين، وقال الشافعي : لا يتصرف في الحالين إلا بعد القبض،
فالدلالة على الشافعي أنه صدق متعين أشبه المقبوض. ونخص أبا حنيفة
بأنها عين ملكها لمعاوضة، ففرق بين المتعين وغيره كالمبيع.

٨٥٨- مسألة: التخلي في البيع قبض، وبه قال أبو حنيفة^(١). وفيه رواية أخرى
: ليست بقبض، وبه قال الشافعي^(٢) وجه الأولى : إنه إذا خلى بينه وبين المبيع
فهو في حكم المقبوض، بدلالة أنه يتصرف فيه بالأكل إن كان مما يؤكل، أو
اللبس إن كان مما يلبس، وله نقله وتحويله، فيجب أن يكون كالمقبوض في
مسألتنا وهو صحة بيعه وشرائه وهبته.

٨٥٩- مسألة: إذا باع قفيزاً من الطعام بدينار نسيئة، فلما حل الأجل ابتاع
من المشتري بذلك الدينار طعام لم يجز^(٣)، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم.
دليلنا: أنه ذريعة إلى بيع طعام بطعام نسيئة وبينهما ذكر الثمن، وقد بينا أن
الذرائع في الأصول معتبرة.

٨٦٠- مسألة: التصرية^(٤) للحيوان تثبت الفسخ، وبه قال أكثرهم، وقال
أبو حنيفة : لا تثبت الفسخ^(٥). دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة :

(١) جاء في كشف القناع: ٢٤٧/٣: (ويحصل القبض فيما عدا ذلك، من عقار وهو الضيعة والأرض والبناء والغراس ونحوه بتخليته مع عدم مانع أي حائل).

(٢) لأن القبض عند الشافعي شرط في كل مبيع.

(٣) جاء في الممتع: ٥٦/٣: (وإن باع ما يجري فيه الربا نسيئة ثم اشترى منه بثمنه قبل قبضه من جنسه، أو ما لا يجوز بيعه به نسيئة لم يجز، لأنه ذريعة إلى بيع المكيل نسيئة، وذكر الثمن حيلة فحرم كمسألة العينة).

(٤) مصرارة: يعني الناقة أو البقرة أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها، يعني حقن فيه، وجمع أياماً فلم تجلب أياماً، وأصل التصرية: حبس الماء وجمعه، يقال: صرّيت الماء وصرّيته. انظر: غريب الحديث لأبي عبيد: ٢٤١/٢.

(٥) هذه المسألة تسمى مسألة المصراه. وقد حدث خلاف بين الفقهاء فيها:
القول الأول: أن من اشترى ناقة أو بقرة مصراه ولم يعلم بأنها مصراه ثم علم أنها مصراه فهو

« لا تصروا الغنم فمن ابتاع مصراة فهو بخير النظرين إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر»^(١)، ولأن هذا تدليس يختلف الثمن باختلافه فأثبت الفسخ، كما لو ابتاع جارية بيضاء الشعر قد سود شعرها أو رحا قد صرا عليها الماء.

٨٦١- مسألة : النماء الحادث من المبيع لا يمنع الفسخ^(٢) كما أن حدث في يد البائع والمنصل كالسمن.

فصل : وله أن يفسخ في الأصل دون النماء ، وبه قال الشافعي، وقال مالك : الولد خاصة يرده. دليلنا : أنه نماء حدث على ملكه أشبه الثمرة.

٨٦٢- مسألة : فإن ابتاع أمة حامل فوضعت في يده ردها^(٣) وولدها، فإن أراد إمساكه بقسطه من الثمن فهو مبني على من ابتاع عينين، فأراد أن يرد أحدهما بالعيب، وفيه روايتان، وقال الشافعي : على أحد القولين يأخذه ويرد الأم بجميع الثمن. وهذا مبني على أصل، وإن الولد يأخذ قسماً من الثمن، فعندهم له يأخذ، وعندنا يأخذ. الدلالة عليه أن ما أخذ قسماً من الثمن إذا كان منفصلاً أخذ قسماً من الثمن إذا كان متصلاً كاللبن.

== بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد . ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.
القول الثاني : ليس له الرد بالعيب وإنما يرجع بنقصان العيب (المذهب : ٤٧/٢ ، والممتع : ٩٢/٣).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه : ٧٥٥/٢ ، ومسلم في صحيحه : ج ٣ حديث رقم ١١٥٥ .
(٢) جاء في الكافي : ٨٤/٢ : (فإن نما المبيع نماءً متصلاً كالسمن والكبر والتعلم والحمل والثمرة قبل الظهور ، وأراد الرد رده بزيادته ، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك فلم يجزئه رده دونها ، وإن كانت منفصلة كالكسب واللبن وما يوهب له ، والولد المنفصل ، رد الأصل وأمسك النماء ، وعنه ليس له رده دون نمائه ، والأول المذهب) .

(٣) الكافي : ٩٠/٢٠ .

٨٦٣- مسألة : إذا ابتاع أمة حامل فعلمت في يد البائع ثم قبضها وولدت في يده وفسخ فيها لأجل العيب، فإنه يفسخ في الأم ويكون الولد له بغير عوض^(١)، وقال أبو حنيفة : لا يكون له الفسخ إلا فيهما جميعاً. دليلنا: أنه حدث على ملكه أشبهه إذا حدث بعد القبض.

٨٦٤- مسألة : إذا ظهر المشتري على عيب كان له الفسخ وإن لم يرض البائع^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣) : لا يصح إلا برضاء البائع، أو حكم حاكم. دليلنا: أنه فسخ مبيع فلا يفتقر إلى رضا البائع كما لو لم يكن قد قبضه المشتري.

٨٦٥- مسألة : خيار الرد بالعيب على التراخي، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي^(٤) : على الفور. دليلنا: أنه خيار جعل لرفع الضرر المتحقق فكان على التراخي كالمطالبة بالقصاص .

٨٦٦- مسألة : إذا اشترى أمة فوطئها، ثم ظهر على عيب^(٥) كان له الفسخ وبه

(١) الممتع : ٨٥/٣.

(٢) جاء في الكافي : ٨٩/٢ : (وله الرد من غير رضا صاحبه ولا حضوره، لأنه رفع عقد جعل إليه فلم يعتد ذلك فيه).

(٣) تحفة الفقهاء : ٩٧/٢ وما بعدها.

(٤) لقد اختلف الفقهاء في خيار العيب هل وقت أم لا؟ على قولين: القول الأول: أنه بمجرد ظهور العيب ني المعقود عليه يجب فسخ العقد على الفور لئلا يلحق العاقد الآخر ضرر من التأخير.. ولكنهم اختلفوا فيما بينهم في تقدير الفورية فذهب المالكية بتحديدتها بيومين، بينما ذهب الشافعية إلى أن تقدير الفورية يرجع إلى العرف.

القول الثاني: أنه على التراخي، لأن من ثبت له الحق استمر). انظر: حاشية الدسوقي : ١٢١/٣، والمغني لابن قدامة : ٢٢٦/٦، وكشاف القناع : ٢٢٤/٣، وشرح الروضة : ٢٦١/٢، وتكملة المجموع : ١٣٤/١٢، وفتح القدير : ١٧٨/٥.

(٥) هذه المسألة اختلف الفقهاء فيها، ولقد لخص ذلك ابن رشد فقال:

أ - قال قوم: إذا وطئ ليس له الرد، وله الرجوع بقيمة البيع، وسواء كانت بكرًا أو ثيبًا، وبه قال أبو حنيفة.

ب - وقال الشافعي: يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب.. وقال قوم: بل يردها ويرد مهر مثلها، وبه قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى.. انظر: بداية المجتهد : ٢٣٩/٣.

قال مالك، وفيه رواية أخرى: لا خيار له بكل حال، وبه قال أبو حنيفة وهي اختيار أبي بكر، وقال الشافعي: إن كانت بكرًا سقط خياره وجه الأولى وهي اختيار الخرقى^(١): أنه وطئ فلا يمنع كوطء الزوج وإذا كانت ثيباً على الشافعي.

٨٦٧- مسألة: إذا ظهر المشتري على عيب بعد أن حدث عنده عيب، أو بعدما جنى على المبيع فله الفسخ^(٢)، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم، وإحدى الروايتين وجه الأولى وهي اختيار الخرقى: أنه خيار لا يبطله الاستخدام فلا يبطله العيب كخيار الشرط، ولأنه أصاب عيباً لم يقف على محله أشبه إذا لم يحدث عنده عيب آخر.

٨٦٨- مسألة: إذا ابتاع مبيعاً وظهر على عيب فله الخيار في الفسخ أو الإمساك والمطالبة بالأرض^(٣)، وقال أكثرهم: إذا أراد الإمساك لم يكن له المطالبة بالأرض. دليلنا: أنه أصاب عيباً لم يقف على محله فكان له المطالبة بالأرض كما لو حدث عنده عيب آخر.

٨٦٩- مسألة: إذا ابتاع نفسان سلعة وظهر على عيب فأراد أحدهما الفسخ دون الآخر فله ذلك^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن فسخا وإلا فليس لأحدهما ذلك، وقد خرج أبو بكر فيها رواية مثل ذلك، وعن مالك كالمذهبيين^(٥).

(١) الممتع شرح المقنع: ١٠٠/٣.

(٢) جاء في الممتع شرح المقنع: ١٠٣/٣: (ولأنه مبيع تعيب في يد المشتري بعد تمام ملكه عليه فكان من ضمانه...).

(٣) جاء في الممتع: ٩٧/٣: (فمن اشترى مبيعاً لم يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والإمساك مع الأرض، لأنه ظهر على عيب لم يعلم به فاستحق به الأرض كما لو تعيب عنده).

(٤) جاء في الكافي: ٨٨/٢: (وإن اشترى اثنان شيئاً فوجداه مبيعاً، فرضيه أحدهما، ففيه روايتان؛ إحداهما: للآخر رد نصيبه، لأنه جميع ما ملكه بالعقد فملك رده بذلك، كما لو انفرد..

والأخرى: ليس له رده، لأن المبيع خرج عن ملك البائع كاملاً فلم يملك المشتري رده مشقفاً). انظر: المذهب: ٥٧/٢، وكشاف القناع: ٢٢٥/٣، وبداية المجتهد: ٢٣٦/٣.

(٥) انظر: بداية المجتهد: ١٧٩/٢.

دليلنا: أنه رد جميع ما ملكه بالعقد أشبه إذا أفرد كل واحد منهما بالإيجاب قال : بعتك يافلان، وبعتك يافلان، وإنما الخلاف إذا قال : بعتهما.

٨٧٠- مسألة: إذا ابتاع سلعتين فظهر على عيب في إحدهما، فله الفسخ فيها، وبه قال مالك^(١)، وفيه رواية أخرى : إما أن يفسخ فيهما، أو يمسك فيهما، وعن الشافعي^(٢) كالمذهبين، وقال أبو حنيفة : إن كان قبل القبض لم يملك الفسخ في أحدهما، وإن كان بعده فله ذلك. دليلنا: أن سبب الفسخ خاص في أحدهما أشبه إذا شرط الخيار في أحديهما.

٨٧١- مسألة: إذا ابتاع طعاماً فأكله، أو عبداً فقتله، ثم علم أنه كان به عيب فله المطالبة بالأرض، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه أصاب عيباً لم يقف. على محله أشبه إذا مات العبد حتف أنفه، أو كان عبداً فأعتقه.

٨٧٢- مسألة: إذا ابتاع ثوبين أو عبيدين، وتلف أحدهما وظهر على عيب في الآخر فأراد أن يردده^(٤)، واختلفا في قيمة التالف، فالقول قول المشتري^(٥).

(١) كشف القناع: ٢٢٥/٣، وجاء في بداية المجتهد: ٢٣٥/٣ (إذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة، فوجد أحدهما معيباً .. فهل يرجع بالجميع، أو الذي وجد فيه العيب؟ فقال قوم : ليس له إلا أن يرد الجميع).

(٢) جاء في المذهب: ٥١/٢: (وإن اشترى عبيدين فوجد بأحدهما عيباً .. فهل له أن يفرد بالرد؟ فيه قولان؛ أحدهما: لا يجوز، لأنه تبعض صفقة على البائع فلم يجز من غير رضاه. والثاني: يجوز، لأن العيب اختص بأحدهما فجاز أن يفرد بالرد).

(٣) انظر: المذهب: ٥٢/٢.

(٤) جاء في الممتع شرح المقنع: ١٠٧/٣: (وإن اشترى واحد معيين صفقة واحدة، فليس له إلا ردهما أو إمساكهما، فإن تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه، والقول في قيمة التالف قوله مع يمينه).

(٥) جاء في كشف القناع: ٢٥٥/٣: (فإن تلف أحد المعيين وبقي الآخر فللمشتري رد الباقي بقسطه من الثمن، لتعذر رد التالف، والقول في قيمة التالف إذا اختلفا فيها قول المشتري، لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته مع يمينه).

وقال أبو حنيفة : بل قول البائع. وعن الشافعي كالمذهبيين. دليلنا : أن المشتري غارم أشبه سائر الغارمين، وأشبه إذا قبض أحدهما وتلف الآخر قبل القبض.

٨٧- مسألة : إذا باع المشتري ما ابتاعه، فظهر الثاني على عيب، كان المبيع من حين الشراء الأول، فإن المشتري الثاني يفسخ على الأول، والأول على البائع^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة : إن كان المشتري الثاني فسخ بحكم حاكم فكما قلنا، وإن كان بغير حكم حاكم لم يكن للأول الفسخ على البائع. دليلنا : أن المشتري الأول سقط حقه من الفسخ لزوال ملكه، وقد عاد أشبه إذا عاد بحكم حاكم.

٨٧- مسألة : إذا ابتاع ثوباً فصبغه ثم ظهر على عيب وأراد المطالبة بالأرث، كان الخيار إلى البائع بين أن يرد البيع، وعليه قيمة الصبغ، أو يدفع الأرث^(٣)، وبه قال الشافعي.

٨٧- مسألة : إذا ابتاع عبداً جانياً، فالبيع صحيح سواء كانت خطأ أو عمداً، وقال أبو حنيفة : لا يصح بيعه، وهو ظاهر كلام أبي بكر^(٤)، لأنه منعه من رهنه.

(١) جاء في الكافي: ٨٧/٢: (وإن باعه قبل العلم .. ثم رجع إليه ببيع أو غيره، فله رده وأرثه، لأن ذلك امتنع عليه لخروجه من ملكه، وبرجوعه إليه عاد الإمكان).

(٢) انظر: المهذب: ٥٣/٢.

(٣) جاء في الممتع شرح المقنع: ١٠٥/٣: (وإن صبغه أو نسجه، فله الأرث وعنه: له الرد ويكون شريكاً بصبغه ونسجه).

(٤) جاء في كشف القناع: ٢٢٨/٣: (ومن باع عبداً أو أمة يلزمه عقوبة من قصاص أو غيره قتل أو ردة أو قطع سرتة).

(أ) فإن كان المشتري يعلم ذلك فلا شيء له، لأنه رضى به معيماً أشبه سائر المعيبات.

(ب) أما إذا علم المشتري بعد البيع فله الرد وأخذ الثمن كاملاً، أو "إسناك مع الأرث، لأنه عيب فملك به الخيار).

(ج) وإن لم يعلم المشتري بالعقوبة حتى قتل المبيع تعين له الأرث على البائع لتعذر الرد).

وللشافعي قولان^(١) أحدهما: كقولنا، والثاني: لا يصح إلا بإذن وليّ الجناية. دليلنا: أن العمد معنى يوجب عقوبة فهو كالزنا، ولأنه معنى يوجب قتله أشبه الردة، وإذا ثبت هذا في العمد قلنا: الخطأ أحد نوعي الجناية، فلا يمنع البيع كالعمد.

٨٧٦- مسألة: إذا ابتاع عبداً على أنه كافر فخرج مسلماً [.....]^(٢)

٨٧٧- مسألة: الزنا عيب في الغلام كالجارية، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤) دليلنا: أن ما كان عيباً في الجارية كان عيباً في الغلام كسائر العيوب من سرقة وغيرها، وهكذا الخلاف معه في البخر والبول في الفراش.

٨٧٨- مسألة: إذا ابتاع حيواناً فحدث به عيب بعد العقد لم يملك الفسخ، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال مالك: كل عيب يحدث إلى ثلاثة أيام يملك به الفسخ، وثلاثة عيوب يفسخ بحدوثها إلى سنة وهو الجنون والجدام والبرص. دليلنا: أنه عيب حدث على ملك المشتري فلا يثبت الفسخ كما لو كان بعد سنة، أو بعد ثلاثة أيام فيما عدا العيوب الثلاثة.

(١) جاء في المذهب: ٥٤/٢: (وإذا باع عبداً جانياً ففيه قولان؛ أحدهما: أن البيع صحيح وهو اختيار المزني، لأنه إن كانت الجناية عمداً فهو عبد تعلق برقبته قتل فصح بيعه. والثاني: أن البيع باطل، لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمي فلا يصح بيعه كالمرهون ..).

(٢) بياض مقداره سطر واحد في النسخ الخطية.

(٣) جاء في المذهب: ٥٤/٢: (فإن اشترى عبداً فوجده ... زانياً أو سارقاً له الرد، لأن هذه عاهات يقتضي مطلق العقد السلامة منها فلا يلزمه العقد مع وجودها).

وجاء في كشف القناع: ٢١٦/٣: (وزنا من بلغ عشرين فصاعداً، عبداً كان أو أمة، لأنه ينقص قيمته ويقلل الرغبة فيه، ويعرضه لإقامة الحد سواء تكرر منه ذلك أم لم يتكرر... وقيل: لا بد من التكرار).

(٤) جاء في نحلة الفقهاء: ٩٤/١: (والزنا عيب في الجواني دون الغلمان إلا إذا كثر ذلك منهم، وصار عادة لهم فيكون عيباً).

(٥) كشف القناع: ٢١٩/٣ حيث جاء فيه: (وإن اشترى حيواناً أو غيره فحدث به عيب عند المشتري ولو قبل مضي ثلاثة أيام، فالعيب من ضمان المشتري وليس له رده نصاً، ولا أورش).

٨٧- مسألة: إذا ابتاع بشرط البراءة من العيوب كان الشرط باطلاً، وسواء كان العيب باطناً أو ظاهراً، علمه البائع أم لم يعلم وهو ظاهر كلام الخرقي.^(١) وفيه رواية أخرى: إن كان يعلم بالعيب فدلسه لم يبرأ، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: يسح الشرط بكل حال^(٢)، وعن الشافعي كالرواية الأولى، وكقول أبي حنيفة، وله قول ثالث: إن كان العيب باطناً صح ذلك، وإن كان ظاهراً لم يصح.^(٣) دليلنا: قوله ﷺ في حديث عقبة بن عامر: «المسلم أخو المسلم فلا يبيع أخاه المسلم مبيعاً فيه عيب حتى يبينه»^(٤)، ولأنه معنى تفوه به أحد المتعاقدين، فلا يصح مجهول كخيار الشرط ولأجل في الثمن، وعلى مالك: إذا علم فكتمه، وعلى الشافعي إذا كان عيباً ظاهراً.

٨٨- مسألة: إذا ابتاع جارية بشرط البراءة من الحمل، لم يصح الشرط^(٥)، وقال مالك: إن كانت التي تصلح للوطء لم يصح، وإن كانت لا تصلح إلا للخدمة صح الشرط. دليلنا: أنه باع الجارية بشرط البراءة من الحمل أشبه إذا كانت ممن يصلح للوطء.

(١) جاء في الكافي: ٩٣/٢: (وإن اشترط البائع البراءة من كل عيب، لم يبرأ، لأن البراءة مرفق في البيع لا يثبت إلا بالشرط فلم يثبت مع الجهالة كالأجل .. وعنه يبرأ).
(٢) انظر: البدائع: ٢٧٧/٥، ونهاية المحتاج: ٣٨/٤، وفتح القدير: ١٨٣/٥، والمبسوط: ٩٤/١٣، والديسوقي: ١١٩/٣.

(٣) لقد لحق ابن رشد هذه المسألة .. فقال: اختلف العلماء في جواز هذا البيع .. فقال أبو حنيفة: يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه، وقال الشافعي في أشهر قوله: لا يبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشتري .. وقال مالك: إن البراءة جائزة. انظر: مختصر الطحاوي: ١٨١، وروضة الطالبين: ٤٧٠/٣.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٧٥٥/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٢٠/٥، والحاكم في المستدرک: ١٠/٢.

(٥) جاء في الإنصاف: ٣٤٤/٤: (لو شرط أنها لا تحمل ففساد، وإن شرطها حائلاً فبانت حاملاً فله الفسخ في الأمة بلا نزاع).

٨٨١- مسألة: العبد لا يملك بالتملك كالبهيمة، وبه قال أبو حنيفة. وفيه رواية أخرى: أنه يملك، وبه قال مالك وداود والشافعي في القديم، وقال في الجديد: لا يملك. ^(١) دليلنا: قوله تعالى: «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» ^(٢) الآية. وقوله: «هل لكم من ما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم» ^(٣)، ولأنها جهة من جهات التملك أشبه الإرث، ولأن المالك لا يملك، فالمملوك لا يملك.

٨٨٢- مسألة: الزيادة في الثمن بعد لزوم العقد لا تلحق به ^(٤)، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنها زيادة في العقد بعد لزومه فلا تلحق به كالزيادة في دين الرهن، ولأنه إذا لزم العقد بالثمن الأول، فقد ملك المبيع به، فالزيادة لا يقابلها عوض فهي هبة مستأنفة.

٨٨٣- مسألة: المبيع الفاسد إذا اتصل به القبض لم يحصل فيه الملك، وبه قال أكثرهم ^(٥) خلافاً لأبي حنيفة. ^(٦) دليلنا: أنه مبيع فاسد أشبه إذا وقع على ميتة أو دم، ولأنه قبض مضمون فلا يحصل به الملك كقبض المغصوب.

(١) لقد حدث خلاف في هذه المسألة:

فذهب الحنفية إلى أن العبد لا يملك بالتملك، لأن الله تعالى أخبر بأن العبد لا يقدر على شيء، فلو أثبتنا له الملك أثبتنا له القدرة. بينما ذهب الشافعية أن العبد يملك بالتملك، لأنه أهل للملك النكاح إذا ملكه السيد، فكذلك يكون أهلاً لملك المال. انظر: أحكام القرآن للجصاص: ١٨٦/٣، والوجيز: ١٥٢/١. فقد جاء في المستوعب: ٨٦/٢: (وعلى الرواية التي تقول: إن العبد يملك إذا ملكه سيده فيدخل ماله في البيع. فأما على الرواية التي تقول: لا يملك إذا ملك فهو كما لو ضم إلى عبده مالاً وباعهما معاً).

(٢) سورة النحل: الآية رقم: ٧٥.

(٣) سورة الروم: الآية رقم: ٢٨.

(٤) جاء في الإنصاف: ٤٤٠/٤: (لو ادعى البائع غلطاً وأن الثمن أكثر مما أخبره به، لم يقبل قوله إلا بينة مطلقاً...).

(٥) جاء في المستوعب: ٦١/٢: (ومتى كان البيع فاسداً إما لفساد عوض فيه كالخمر والخنزير أو لشروط ملحقة مثل أن يشترط فيه شرطين أو شرطاً واحداً فاسداً، فإن الملك لا يحصل به سواء اتصل به القبض أو لم يتصل).

(٦) بدائع الصنائع: ٣٠٤/٥، وحاشية ابن عابدين: ١٢٤/٤.

مسائل الاستبراء^(١)

٨٨- مسألة: إذا كان له أمة يطأها فأراد بيعها فعليه الاستبراء^(٢)، وبه قال مالك، إلا أنه يقول: إن اتفقا على حيضة واحدة أجزأ عنهما، وفيه رواية أخرى: لا استبراء على البائع، وبه قال أكثرهم وجه الأولى: أن البائع أحد المتبايعين، فلزمه الاستبراء كالمشتري.

٨٨- مسألة: إذا ابتاعها حائضاً لم يعتد بتلك الحيضة، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال مالك: يعتد بها إذا كانت في أولها.^(٤) دليلنا: أن النبي ﷺ شرط حيضة^(٥) وهذا بعضها، ولأنه ابتاعها في أثناء الحيض أشبهه إذا توسطتها.

(١) الاستبراء لغة: من استبرأت الشيء: طلبت آخره لمقطع الشبه، واستبرأت المرأة: طلبت براءتها من الحمل. لسان العرب، مادة (برأ).
وشرعاً: تربص يقصد منه العلم ببراءة رحم ملك يمين. المصباح المنير، مادة (برأ).
والقاعدة: أن من ملك أمة بسبب من الأسباب لم تحل له حتى يستبرئها..
(أ) إن كانت حاملاً بوضع الحمل.
(ب) وإن كانت من ذوات الحيض بحيضة.
(ج) وإن كانت يائسة أو لم تحض ففيه ثلاث روايات: (١) تبرئ بشهر. (٢) بشهرين. (٣) بثلاثة شهور.

ويجب استبراء الكبيرة والصغيرة، لأنه نوع استبراء فاستويا فيه. وعنه أن الصغيرة لا تستبرئ، ولا يصح الاستبراء حتى يملكها. انظر: كشف القناع: ٤٣٨/٥، والمدونة: ٣٦٧/٢.
(٢) جاء في كشف القناع: ٤٣٨/٥: (وإذا وطئ أمته ثم أراد تزويجها أو بيعها لم يجز له ذلك حتى يستبرئها). وجاء في الكافي: ٣٣٥/٣ فيه روايتان؛ إحداهما: يجب. والثانية: لا يجب).
(٣) جاء في الكافي: ٣٣٠/٣: (فإن كانت حائضاً حين ملكها لم تعتد بتلك الحيضة، ولزمه استبراؤها بحبضة مستقبلة).

(٤) جاء في المدونة: ٣٦٧/٢: (... فقال: إن أخذها في أول حيض أجزأه ذلك، وإن كانت في آخر حيضها أو بعد أن طهرت لم يعتد به حتى تحيض حيضة مستقبلة).

(٥) قال ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض». انظر: عون المعبود: ٢١٣/٢، وأحمد في مسنده: ٦٢/٣.

٨٨٦- مسألة: وتكون الأمة في يد المشتري للاستبراء، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال مالك: إذا لم يرض البائع بذلك جعلت في يدي عدل. دليلنا: أن النبي ﷺ خاطب المشتري بذلك والمالك لها، لأنه هو الذي يملك الوطء، فلولا أنها تكون في يده لم يخاطبه بذلك، ولأنه استبراء للأمة، فكان في يد المشتري كالأمة المسيبة.

٨٨٧- مسألة: إذا حاضت المرأة بعد الابتياح حيضة في يد البائع أجزأه المشتري^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا تجزأه، وقد روي عن أحمد مثل ذلك، والأول على قياس المذهب. دليلنا: أنه استبراء على ملك المشتري فأجزء كما لو كانت في يده.

٨٨٨- مسألة: إذا تباعا ثم تقايلا، لزم البائع الاستبراء^(٣)، وبه قال الشافعي خلافاً لإحدى الروایتين، ولأكثرهم. دليلنا: أنه استحداث ملك فأوجب الاستبراء كما لو عادت ببيع أو كانت الإقالة بعدما قبضها المشتري.

٨٨٩- مسألة: إذا ابتاع أمة فارتفع حيضها لا يدري ما رفعه، استبرأت بعشرة أشهر^(٤)، وقال أبو حنيفة^(٥): يستبرأ بها عدة الوفاة. دليلنا: أن الاستبراء جعل لبراءة الرحم، ولا نتحققه إلا بذلك بتسعة أشهر مدة الحمل، وشهر مكان

(١) انظر: الكافي: ٣/٣٣٢، وكشاف القناع: ٥/٤٤٠ وما بعدها.

(٢) المغني ٧/٥٠٠.

(٣) جاء في الكافي: ٣/٣٣٢: (وإن باعها السيد ثم ردت إليه بفسخ أو مقابلة بعد قبض المشتري لها وافتراقهما، وجب استبرأؤها، لأنه تجديد ملك يحتمل اشتغال الرحم قبله فأشبه ما لو اشتراها).

(٤) جاء في الكافي: ٣/٣٣١: (فإن ارتفع حيضها ولم تعلم ما رفعه استبرأت بعشرة أشهر في إحدى الروایتين، وفي الأخرى: بسنة، وتسعة أشهر للحمل، وثلاثة مكان الحيضة).

(٥) قال أبو حنيفة: إذا ارتفع حيضها من غير إياس، لم يطأها حتى تعلم أنها غير حامل، وروي عنه أنه قال: لا يصبر بها ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر حتى يتبين أحبلى هي أم لا؟. وكذلك قول أبي يوسف). انظر: المختصر: ص ٩١، والمدونة: ٣/١٤٣.

حيضة، وجري مجرى الحرة إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فإنها تجلس حتى نتحقق براءة رحمها، كذلك هاهنا.

فصل: فإن ابتاعها بشرط الخيار، ثم فسخ البيع، فعلى البائع الاستبراء خلافاً لأبي حنيفة^(١)، وهذا مبني على أصل أن الخيار يزيل الملك فهي تعود بملك مستأنف وعندهم بخلافه.

فصل: فإن ابتاع أمة من عبده التاجر وقد حاضت في يده، فلا استبراء على السيد خلافاً لأبي حنيفة، ووافقنا أصحابه إذا لم يكن على العبد دين وهذه مبنية على أصل. دليلنا: وإن العبد المأذون له لا يملك شيئاً، وما في يده فهو لسيدته بكل حال فهو كالوكيل.

فصل: فإن كان المكاتب ابتاع من يعتق عليه واستبرأهم ثم عجز أجزاء ذلك الاستبراء عن السيد، ووافق أبو حنيفة في الأم خاصة، وخالف فيما سواها، وهذا مبني على أصل، وأنهم يدخلون معه في الكتابة فهم كالأم عنده لا يدخل غير الأم في الكتابة.

٨٩- مسألة: إذا كان له أمة يطأها، فوطئ أختها، حرمتا جميعاً حتى تحرم أحدهما ببيع ونحوه، فإن لحقت بدار الحرب أبيحت له الأخرى خلافاً لأبي حنيفة، ووافقنا أصحابه. دليلنا: أن هذا مبني على أصل وإن بذلك الفعل زال ملكه عنها أشبه إذا باعها وعنده بخلافه.

٨٩- مسألة: يكره بيع ده يازداه، أو ده دوازده، ومعناه: بعثك بمائة وأربع لكل عشرة درهم، وقال أكثرهم: لا يكره.^(٢)

(١) تحفة الفقهاء: ١١٢/١.

(٢) قال ابن قدامة: بيع المراهبة: أن يخبره برأس ماله ثم يبيع به ويربح، فيقول: رأس مالي فيه مائة، بعثك بها وربح عشرة.. فهذا جائز غير مكروه، لأن الثمن معلوم، وإن قال: بعثك بها وربح درهم في كل عشرة، أو قال: ده يازده، أو ده دوازده، فهذا صحيح أيضاً جائز غير =

دليلنا: أن عمر كرهه^(١) وقال : هوربا، وقال ابن عباس : بيع الأعاجم، ولأنه يفضي إلى الجهالة بالثمن في الحال، لأنه وإن كان يعلم في الثاني ففي الحال لا يتحقق، فإن لم يقد البطلان فلا أقل من الكراهة، ولا يلزم إذا باعه كل قفيز من هذه الصبرة بدرهم، لأن ذلك جَوَزٌ للحاجة، لأنه لا يقدر على أن يبتاعها جملة، ربما يخطئ في ظنه بكيلاها، وإن كاله لزمه أجره الكيال.

٨٩٢- مسألة: إذا باعها تولية^(٢) أو مرابحة، ثم بان أن البائع خانه، فللمشتري إسقاط الزيادة^(٣) ويمسك بالباقي، وفيه رواية أخرى : إن شاء فسخ، وإن شاء أمسك وأسقط الزيادة^(٤)، وقال أبو حنيفة في التولية كالرواية الأولى، وفي المربحة بالخيار، وعن الشافعي كالروايتين^(٥). دليلنا: على أنه لا يكون الخيار في المربحة أن المشتري دخل في العقد على أن يأخذ المبيع بالثمن الذي وقع العقد عليه، فإذا بان أنه خانه ملك إسقاط الزيادة والإمساك بالثمن كالتولية.

فصل: فإن باع مربحاً ثم قال : غلطت وأخبرت بنقصان من الثمن^(٦) فالقول قوله، وفيه رواية أخرى : القول قول المبتاع، وبه قال أكثرهم وجه الأولى : وهي

== مكروه، لأن الثمن معلوم، فهي كالتي قبلها، لكن كرهه أحمد. انظر: المذهب: ٥٧/٢، والكافي: ٩٤/٢.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: ٤١٣/٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٢٣٢/٨، البيهقي: ٣٣٠/٥.

(٢) بيع التولية: هو البيع بمثل الثمن الذي اشترى به. انظر: الكافي: ٩٩/٢.

(٣) انظر: الكافي: ٩٩/٢.

(٤) جاء في الممتع: ١١٢/٣: (إذا ظهر ببينة، أو أقر أن رأس المال أقل، فإنه يثبت للمشتري خيار التولية، لأن البائع ظلمه في القدر الذي زاد عليه فوجب أن يثبت له الخيار استدراكاً لظلامته).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: ٢٢٥/٥، ومغني المحتاج: ٧٩/٢.

(٦) جاء في الكافي: ٩٨/٢: (وإن أخبر بثلث، ثم قال: غلطت والثلث أكثر، ففيه ثلاث روايات إحداهن: لا يقبل قوله إلا ببينة، لأنه مقرر على نفسه فلم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة. والثانية: إن كان معروفاً بالصدق، قبل قوله وإلا فلا. والثالثة: لا يقبل قوله، وإن أقام بينة ما لم يصدقه المشتري لإقراره).

اختيار الخرقى أنه أمين أشبه سائر الأمناء.

٨٩٣- مسألة : إذا ابتاع سلعتين صفقة واحدة، لم يبيع أحدهما مربحة، وبه قال أبو حنيفة^(١) خلافاً للشافعي^(٢). دليلنا: أن الثمن يتقسط على السلعتين بالقيمة لا بالأجزاء، فحصة كل واحد منهما من الثمن يُعلم من طريق الظن فلا يجوز أن يخبر به، وفارق هذا إذا ابتاع قفيزين، فباع أحدهما مربحة، لأن ذلك يتقسط الثمن عليه بالأجزاء فهو يخبر باليقين.

٨٩٤- مسألة : إذا ابتاع سلعة قد ربح فيها وأراد أن يبيعها مربحة، فإنه يضع الربح من الثمن الثاني، وبهذا قال أبو حنيفة^(٣)، وقال الشافعي : يخبر بالثمن الأخير. دليلنا: أنه أحد نوعي النماء فوجب أن يخبر به كالنماء من عينة كالولد والثمرة.

٨٩٥- مسألة : لا يجوز بيع لبن الأدميات، وبه قال أبو حنيفة^(٤) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أن الصحابة بأجمعهم قضوا في المغرور أن عليه قيمة الأولاد، ولم يوجبوا قيمة اللبن، فدل على أنه لا قيمة له، ولأنه لبن آدمي أشبه لبن الميتة ولبن الرجل.

(١) جاء في كشف القناع: ٢٣٢/٣: (وإن اشترى شيئين صفقة واحدة، ثم أراد بيع أحدهما بتخبر الثمن لم يجز).

(٢) جاء في المهذب: ٥٧/٢: (ويجوز أن يبيع بعضه مربحة، فإن كان مما لا تختلف أجزاؤه قسم الثمن على أجزائه، وإن كان مما يختلف كالثوبين قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما، ثم باع ما شاء منهما بحصته).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء: ١٠٧/١.

(٤) جاء في المستوعب: ٦/٢: (ولا يجوز بيع لبن الأدميات في أحد الوجهين، وفي الآخر يجوز، وهذه المسألة حدث بها خلاف.. فذهب الأحناف والحنابلة إلى أنه لا يجوز بيع لبن الأمهات، لأن اللبن جزء من بني آدم، فلا يجوز بيعه كسائر الأجزاء). انظر: البدائع: ٣٠١/٦، بينما ذهب الشافعية إلى الجواز، لأن اللبن شيء طاهر منتفع به فجاز بيعه). انظر: المجموع: ٥٧٥/٢، والوجيز: ١٣٤/١، وروضة الطالبين: ٣٥٣/٣، المغني: ٢٨٨/٤.

٨٩٦- **مسألة:** إذا باع سلعة بثمن مؤجل، لم يجز أن يعود يبتاعها بأنقص منه حالاً^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي: يجوز. دليلنا: «ما روي أن أم ولد زيد بن أرقم أتت عائشة فقالت: إني بعت لزيد عبداً بثمانمائة درهم نسيئة، وابتعته منه بستمائة. فقالت: أبلغني زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب فبئس ما اشتريت وبئس ما شريت»^(٢)، وهذه قصة تخالف القياس فلا تقولها إلا توقيفاً، ولأنه باع ما ابتاعه من بائعه قبل قبض ثمنه بأقل منه، فلم يجز كما لو باعه قبل قبضه.

فصل: فإن ابتاعه بغير الجنس صح البيع وإن كان أنقص قيمة من الثمن الأول، وقال أبو حنيفة: لا يصح. دليلنا: أنهما جنسان فلا يؤثر النقصان بينهما كما لو ابتاعه بمكيل كالحنطة والشعير ونحوهما.

فصل: فإن باعه من أبيه أو ابنه بدون ذلك الثمن جاز خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن ملكهما معه في حكم الأجنبي، ولهذا يجري الربا بينهما، وإذا كان كذلك أشبه إذا باعه لأجنبي.

فصل: فإن باعه لوكيل البائع بأنقص من الثمن لم يجز، وقال أبو حنيفة يجوز ولكنه مكروه، وقال أبو يوسف: يلزم البيع في حق الوكيل. دليلنا: أنه عقد لا يليه بنفسه فلا يليه بوكيله كالعقد على الميتة والدم.

٨٩٧- **مسألة:** إذا تناولت الصفقة محظور ومباح، صح العقد في أحدهما وبطل في الآخر، وفي رواية أخرى: يبطل فيهما^(٣)، وعن الشافعي

(١) انظر: كشف القناع: ٢٣٦/٣ وما بعدها.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه: ٥٢/٣.

(٣) جاء في الممتع: ٤٧/٣: (إذا باع عبداً وحرّاً، أو حلالاً وخمراً ففيه روايتان؛ أحدهما: لا يصح، لأن الصفقة جمعت حراماً وحلالاً فغلب التحريم، ولأنه عقد لم يصح في بعضه فلم يصح في كله. والثانية: يصح، لأن كل واحد منهما له حكم لو انفرد، فإذا جمع بينهما وجب ثبوت ما كان له منفرداً).

كالمذهبيين^(١). وقال أبو حنيفة ومالك : يبطل فيهما . دليلنا : أنهما شيئان معلومان لو أفرد كل واحد منهما بالعقد صح في أحدهما وبطل في الآخر، فإذا عمهما صح في أحدهما كما لو باع ملكه وملك غيره وأمه وأم ولده، ولأنه ليس حمل الصحيح على الفاسد بأولى من حمل الفاسد على الصحيح، فوجب أن يعطي كل واحد حكم الانفراد.

٨٩٨- مسألة : إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، وكانت السلعة قائمة تحالفا، وإن كانت تالفة فعلى روايتين : أحدهما : يتحالفان^(٢)، ويقال للمشتري : خذ بما قال البائع وإلا فسخ العقد، وبه قال الشافعي^(٣)، وهي اختيار الخرقي، وفيه رواية أخرى : لا يتحالفان، والقول قول المشتري وبه قال أبو حنيفة، وهي اختيار أبي بكر، وعن مالك كالروايتين^(٤)، وعنه رواية ثالثة : إن كان قبل القبض تحالفا، وإن كان بعده فالقول قول المشتري وجه الأولى : ما روى أحمد بإسناده عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار»^(٥)، فوجه الدلالة أنه جعل لقوله حكم وعندهم لا حكم له، لأن القول قول المشتري، ونحن إذا قلنا يتحالفان بدأ بالبائع، ولأنهما

(١) جاء في المذهب: ٢٤/٢ : (إذا جمع في البيع بين ما يجوز وبين ما لا يجوز بيعه، ففيه قولان : أحدهما : تفرق الصفقة، فيبطل البيع فيما لا يجوز ويصح فيما يجوز. والقول الثاني : أن الصفقة لا تفرق فيبطل العقد فيهما ...).

(٢) جاء في كشف القناع: ٢٣٦/٣ : (فمتى اختلف المتعاقدان في قدر الثمن .. ولا بينة لأحدهما تحالفا .. أو لهما بينة تحالفا، وسقطت بينهما لتعارضهما، ولو كانت السلعة المباعة تالفة).

(٣) جاء في المذهب: ٦٥/٢ : (إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ولا بينة تحالفا).

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٢٤٩/٣ : (إذا اختلف المتبايعان على المبيع، واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة، ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة، ومختلفون في التفصيل .. فقال أبو حنيفة وجماعة : أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة، فإن فاتت فالقول قول المشتري بيمينه، وقال الشافعي ومحمد بن الحسن وأشهب : يتحالفان في كل وقت. وأما مالك فعنه روايتان : أحدهما : يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعده والقول قول المشتري، والثانية : مثل قول أبي حنيفة).

(٥) أخرجه الترمذي في سننه: ٥٧٠/٣، وأحمد في مسنده: ٤٦٦/١، والطبراني في المعجم الكبير: ١٧٤/١٠.

متبايعان اختلفا في صفة البيع ويدعياه دعوى صحيحة ولا بينة لأحدهما فيتحالفا كما لو كانت السلعة قائمة.

فصل: ويبدأ بيمين البائع^(١)، وقال أبو حنيفة: بيمين المشتري^(٢). دليلنا: ما تقدم من قوله: فالقول قول البائع - يعني البداية به، ولأن البائع أقوى جنبه لأنه إذا وقع الفسخ عاد الملك إليه فكأن البداية بمن قويت جنبته أولى.

فصل: فإن اختلف ورثة المتبايعين [كل]^(٣) فالحكم فيه كاختلاف المتبايعين، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: إن لم يتقابضا فكما قلنا، وإن كان المبيع مقبوضاً فالقول قول ورثة المشتري^(٤). دليلنا: أنها يمين توجهت على الموروث فتوجهت على الوارث. دليله قبل قبض المبيع والأيمان في سائر الدعاوى، ولا يلزم اللعان، لأن المتوجه هناك الحد وله إسقاطه باليمين.

٨٩٩ - مسألة: إذا اختلفا في الأجل والخيار، أو ضمين، أو رهن، تحالفا كما لو اختلفا في مقدار الثمن، وبه قال أكثرهم. وفيه رواية أخرى: القول قول من ينفي هذه الصفقة، وبه قال أبو حنيفة^(٥) وأصحابه. دليلنا: ما تقدم من

(١) قال الجوهري: (فضفة التحالف أن يبدأ بيمين بائع، لأنه أقوى جنبه من المشتري لكون المبيع يرد إليه.. ثم يمين مشتر بعده يجمعان في يمينهما نفياً وإثباتاً). انظر: كشف القناع: ٢٣٦/٣. وقال الشيرازي: (قال الشافعي - رحمه الله - في البيوع: يبدأ بيمين البائع). المذهب: ٦٥/٢.

(٢) جاء في فتح القدير: ١٨٦/٦: (ويبدأ بيمين المشتري، وهو قول محمد، وأبي يوسف، وهو الصحيح).

(٣) الزيادة من (ب).

(٤) جاء في فتح القدير: ٢٠١/٦: (ونقيس الوارث على العاقد - يعني إذا اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما).

(٥) جاء في الكافي: ١٠٥/٢: (وإن اختلفا في أجل أو شرط أو رهن أو ضمين ونحوه، ففيه روايتان: إحداهما: القول قول من ينكره مع يمينه لأنه منكر، فأشبهه منكر العقد من أصله. والثانية: يتحالفان، لأنهما اختلفا في صفة العقد). انظر: المبسوط: ٣٥/١٣، وفتح القدير: ١٨٨/٦.

الخبر، ولأن الاختلاف في الأجل اختلاف في صفة الثمن أشبه السود والبيض.^(١)

٩٠٠ - مسألة: إذا باعه عبداً بشرط العتق، فالبيع صحيح والشرط لازم^(٢)، وبه قال مالك^(٣)، وفيه رواية أخرى: الشرط خاصة باطل، وعن الشافعي كالْمُذْهَبَيْنِ، وقال أبو حنيفة: البيع باطل. دليلنا: ما روي: «أن عائشة ابتاعت بريرة بشرط العتق فصَحَّ النَّبِيُّ ﷺ ذلك البيع والشرط»^(٤)، ولأنه مبيع مضمون بالثمن فكان صحيحاً كما لو لم يشترط العتق، وعكسه سائر البيوع الفاسدة.

٩٠١ - مسألة: يجوز استثناء منفعة المبيع أو البائع، وقال أكثرهم: لا يجوز، إلا أن أبا حنيفة وافقنا في مسألة^(٥) وهو إذا ابتاع بغلة وشرط على البائع جنوها. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ «أنه ابتاع من جابر بن عبد الله بغيراً وشرط ظهره إلى المدينة»^(٦)، ولأنه إجماع الصحابة روي عن عثمان بن عفان: «أنه قال لصهيب: بعني أرضك بأربعمائة ألف وهي لك ولعقبك من بعدك».

(١) انظر: كشاؤ القناع: ٢٣٨/٣، وقوانين الأحكام الشرعية: ص ٢٧٣، والمزني: ص ٨٧.
(٢) جاء في الكافي: ٣٧/٢: (أن يشتره بشرط أن يعتقه ففيه روايتان؛ إحداهما: الشرط فاسد، لأنه ينافي مقتضى البيع فأشبه ما قبله، والثانية: يصح، لأن عائشة اشترت بريرة لتعتقها، فأجاز النبي ﷺ ذلك. فعلى هذا إن امتنع المشتري من العتق أجبر عليه في أحد الوجهين، والثاني: لا يجبر).

(٣) جاء في المدونة: ١٥٢/٤: (وقال ابن القاسم عن مالك فيمن اشترى عبداً على أن يعتقه أنه لا بأس بذلك).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٧/١٠، وأحمد في مسنده: ٨١/٦، والنسائي في السنن: ٣٠٥/٧.

(٥) انظر: المبسوط: ١٣/١٣، والمدونة: ٢٢٠/٤، والكافي لابن قدامة: ٣٦/٢.

(٦) أخرجه أحمد في مسنده: ٣٢٥/٣، وأبو يعلى في مسنده: ٩٢/٤، والترمذي في جامعه: ٥٥٤/٣.

وروي عن محمد بن مسلمة : أنه ابتاع من نبطي حمل حطب وشرط عليه أن يحمله، ولأن المبيع المتعين أحد نوعي المبيع، فجاز أن يشترط فيه التأخير كالذي في الزمة، ولأنه معنى يزيل الملك، فجاز أن يشترط فيه الاستخدام كالعتاق.

٩٠٢ - مسألة: إذا ابتاع فهداً على أنه صيوداً، أو دابة على أنها هملاجة^(١) فالبيع والشرط صحيحان^(٢)، وقال محمد بن الحسن : هما باطلان. دليلنا: أنه صفة زائدة فيها منفعة مقصودة فهي كالصنائع.

٩٠٣ - مسألة: لا تجوز المعاوضة على عسب الفحل، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لمالك. دليلنا: ما روى جابر بن عبد الله : « أن النبي ﷺ نهى عن طرق الفحل، وفي رواية ابن عمر وأبي سعيد عن عسب الفحل »^(٤)، ولأن الإيلاج والإنزال يفعله بطبعه فلا يمكن إكراهه عليه فيحصل عاقداً على ما لا يمكن تسليمه فلا يصح كبيع الأبق والجمل الشارد، والطير في السماء.

٩٠٤ - مسألة: إذا قال بعتك الدار بفناء، فالبيع باطل خلافاً لأبي يوسف

(١) الهملاجة بكسر الهاء : مشية سهلة في سرعة. انظر: لسان العرب مادة (هملاج).
(٢) جاء في كشف القناع: ١٨٩/٣ : (أو اشتراط المشتري صفة في المبيع لأدوا. العبد كاتباً، أو اشتراط الدابة هملاجة.. فيصح الشرط في كل ما ذكر لازماً، لأن الرغبات تختلف باختلاف ذلك، فلو لم يصح اشتراط ذلك لفانت الحكمة التي لأجلها شرع البيع.. فإن وفي به لزوم البيع.. وإلا فله الفسخ لفوات الشرط).

وجاء في المهذب: ٥٥/٢ : (وإن اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب له الرد، لأنه أنقص مما شرطه فجاز له الرد).

(٣) جاء في المغني: ٣٠٢/٦ : (وإجارة الفحل للضراب حرام، والعقد فاسد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وحكي عن مالك جوازه، قال ابن عقيل: ويحتمل عندي الجواز). انظر: مغني المحتاج: ٣/٢.

(٤) رواه البخاري في باب عسب الفحل: ٣٣/٣، وأخرجه أبو داود: ٢١٩/٢، والترمذي: انظر: عارضة الأحوذى: ٢٧٤/٥.

ومحمد. دليلنا: أن الفناء ليس بملك له، لأن لكل أحد الاستطراق فيه فصار كأنه قال: بعتك بعض الطريق.

٩٠٥ - مسألة: لا يصح بيع العنب لمن يتخذه خمرًا خلافاً لأكثرهم.^(١) دليلنا: ما روى ابن بطة بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «من حبس العنب عن أيام القطف ليبيعها ممن يعتصرها خمرًا فقد تفحم النار على بصيره»^(٢)، ولأنه عون عن المعصية أشبه بيع السلاح في الفتنة والمغنيات ممن يستمع غناهن، وقد دل على الوصف أنه لعن في الخمر عشرة ذكر منهم عاصرها ومعتصرها^(٣)، ولا شبهة أنه لأجل المعونة على ذلك التناول.

٩٠٦ - مسألة: يكره بيع المصحف، ومن أصحابنا من قال: البيع باطل، وهو ظاهر كلام أحمد^(٤)، وقال أكثرهم: لا يكره. دليلنا: ما روي عن ابن عمر وابن عباس أنهما كرهاه، ولا يعرف لهما مخالف، ولأن فيه استهانة به لأنه يظهر الزهد فيه ويحوج المشتري إلى أن يستزده به، لأن هكذا عادة المشتري فيما يشتريه، فلهذا كره.

(١) قال البهوتي: (ولا يجوز بيع العنب والعصير لمن يتخذه خمرًا). الكافي: ٢٤/٢، وانظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٧/٣، والدر المختار ورد المختار: ٢٥٠/٥، والإنصاف: ٣٢٧/٤.

(٢) الحديث ذكره ابن حجر في لسان الميزان في ترجمة الحسن بن مسلم المروزي: ٢٥٦/٢، وفي تلخيص الحبير: ١٩/٣، وعزاه للطبراني في الأوسط وابن حبان في المجروحين: ٢٣٦/١، والجرجاني في تاريخ جرجان: ٢٤١/١.

(٣) قال ﷺ: «لعنت الخمر على عشرة أوجه: بعينها، وعاصرها، ومعتصرها، وبائعها، ومبتاعها، وحاملها، والمحمولة إليه، وأكل ثمنها، وشاربها، وساقها». أخرجه ابن ماجه: ١١٢٢/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٨/٢: (قال أحمد: لا أعلم في بيع المصحف رخصة، ورخص في شرائه، وقال هرأهون، ولأن ابن عمر وابن عباس وأبا موسى كرهوا بيعه). انظر: حاشية عميرة على شرح المحلى: ١٥٧/٢، وكشاف القناع: ١٥٥/٣، والشرح الكبير: ١٢/٤، والإنصاف: ٢٧٩/٤.

٩٠٧ - مسألة: بيع الحاضر للبادي باطل بشرائط^(١) منها أن يكون البادي حاضر لبيع سلعته بسعر يومه، وأن يكون بالناس حاجة إلى ما في يده، وأن يكون الحاضر قصد البادي، وأن لا يكون البادي عارف بالأسعار، وقال أكثرهم: البيع صحيح. دليلنا: ما روى جابر وأبو هريرة وابن عباس: «أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لبادي وقال: دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»^(٢)، ولأنه [.....]^(٣).

٩٠٨ - مسألة: إذا باع من يلزمه فرض الجمعة بعد الأذان، وهو الأذان الذي يكون والإمام على المنبر فالبيع باطل^(٤)، وقال أكثرهم: يحرم ولا يبطل.^(٥) دليلنا: قوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ﴾^(٦) الآية. وهذا نهى يقتضي التحريم والإبطال، ولأنه عقد نهى عنه لأجل عبادة فهو كنكاح المحرم.

(١) جاء في حلية العلماء: ٥٧١/٢: (ويحرم أن يبيع الحاضر للبادي، وذلك بأن يقدم رجل ومنعه متاع يريد بيعه وبالناس حاجة إليه في البلد، وإذا بيع اتسع، وإذا لم يبع ضاق، فيجىء إليه سمسار ويقول له لا تبع حتى أبيعه لك قليلاً قليلاً وأزيد في ثمنه، فذلك حرام). انظر: المهذب: ٦١/٢، والمغني: ٢٨٠/٤، والإنصاف: ٣٣٣/٤، وكشاف القناع: ١٨٤/٣، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٦٩/٣.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: ١١٥٧/٣، والنسائي في السنن الكبرى: ١٢/٤، وابن حبان في صحيحه: ٣٣٨/١١، والترمذي في سننه: ٥٢٦/٣، وأحمد في مسنده: ٣٨٦/٣.

(٣) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٤) جاء في الممتع: ٥٠/٣: (ولا يصح البيع ممن تلزمه الجمعة بعد ندائها، لأن البيع يشغل عن الصلاة ويكون ذريعة إلى تركها أو فوات بعضها وكلاهما لا يجوز)، وانظر: كشاف القناع: ١٨٠/٣.

(٥) جاء في فتح القدير: ٤٧٨/٦: (والبيع عند آذان الجمعة وهو ما يكون بعد دخول الوقت .. وهو مكروه، أي لا يحل ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا حتى يجب الثمن، وثبت الملك)، وانظر: الدر المختار: ١٣١/٤.

(٦) سورة الجمعة: الآية رقم: ٩.

٩٠٩ - مسألة: بيع النجش^(١) مكروه وهو صحيح، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال مالك : باطل^(٣)، وقد حكاه أبو بكر رواية عن أحمد واختاره. دليلنا: أن النهي لا لمعنى فى العاقد ولا المعقود عليه، فكان صحيحاً كسائر البائعات الصحيحة.

٩١٠- مسألة : البيع الموقوف على الإجازة باطل، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى : أنه صحيح وبه قال أكثرهم^(٤) وجه الأولى : قوله ﷺ : « لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم »^(٥)، ولأنه عقد على ملك غيره بغير إذنه فلا يقف على الإجازة كالشراء، ولأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه، فهو كبيع الطير في الهواء والسمك في الماء.

فصل : إذا ثبت أن البيع لا يقف على الإجازة، فالشراء إن كان في الذمة وقف على الإجازة وإن كان تعين المال فهو كالبيع وفيه روايتان، وقال مالك : الشراء كالبيع يقف على الإجازة، وقال الباقر : لا يقف ويكون للمشتري دون المشتري له. دليلنا: على أنه يقف إذا كان في الذمة لما روي : « أن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له به شاة فاشترى شاتين فلقيه رجل فساومه فباعه إحداهما بدينار، وجاء بالدينار والشاة إلى رسول الله ﷺ،

(١) النجش : هو الزيادة في ثمن السلعة ممن لا يريد شراءها، ليقع غيره فيها، ويقع ذلك بمواطأة البائع فيشتركان في الإثم). انظر: النهاية في غريب الحديث: ٢١/٥.

(٢) قال النبي ﷺ: «لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد». أخرجه البخاري: ٩١/٣، ومسلم: ١١٥٦/٣، لأن في ذلك تغريراً بالمشتري، وخديعة له، وعن أحمد: أن البيع باطل. ولنا: أن النهي عاد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع... انظر: المعنى لابن قدامة: ٣٠٥/٦، والدر المختار: ١٣٢/٤.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٦٨/٣.

(٤) جاء في مغني المحتاج: ٣٧/٢: (فبيع الفضولي وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية باطل، وفي القديم تصرفه موقوف، وقيل التصرف صحيح والموقوف الملك). وجاء في الممتع: ٣٢/٣: (فإن باع ملك غيره بغير إذنه لم يصح وعنه يصح).

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه: ١٤/٤.

فلما أخبره قال : بارك الله لك في صفقة يمينك^(١)، وهذا شراء ما لم يؤذن فيه، ولأنه عقد العقد لغيره ، فإذا لم يبطل جاز أن يكون لمن عقد له كما لو سبق الإذن.

٩١١ - مسألة: لا يجوز بيع الصوف على الظهر^(٢) خلافاً لإحدى الروايتين ولمالك. دليلنا: ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ : «أنه نهى عن بيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر»^(٣)، ولأنه لا يخلو ما أن يحيف المشتري في جزه فيألم الحيوان أو لا يحيف فيأخذ البعض دون البعض فيصير مجهولاً.

٩١٢ - مسألة: لا يجوز بيع السرجين^(٤) النجس^(٥)، وبه قال الشافعي^(٦)، وكذلك عند مالك لا يجوز بيع السرجين خلافاً لأبي حنيفة^(٧). دليلنا: ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»^(٨)، ولأنه رجيع نجس أشبه رجيع الآدمي.

- (١) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٥٦/٣ ، وابن ماجه في سننه: ٨٠٣/٢ .
- (٢) جاء في المقنع: ١٣/٢ : (ولا الصوف على الظهر، وعنه يجوز بشرط جزه في الحال). وانظر: الممتع ٣٧٧/٢ ، والإنصاف: ٣٠١/٤ ، وجواهر الإكليل: ١٦٦/٢ ، والدسوقي ٢٠٣/٣ .
- (٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٣٤٠/٥ ، وقال البيهقي: تفرد برفعه عمر بن فروخ ، وليس بالقوي، ورواه غير موقوفاً، وأخرجه الدارقطني: ١٤/٣ .
- (٤) السرجين: بالكسر معرب لأنه ليس في الكلام فعيل بالفتح. ويقال: سرقين، وهو ما تدمل به الأرض. انظر: لسان العرب مادة (سرجن): ٢٠٨/١٣ .
- (٥) جاء في الكافي: ٩/٢ : (ولا يجوز بيع الدم، ولا السرجين النجس، لأنه مجمع على تحريمه ونجاسته أشبه الميتة).
- (٦) جاء في حلية العلماء: ٥٢١/٢ : (لا يجوز بيع العين النجسة في نفسها كالكلب والخنزير والخمر والسرجين. وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الكلب والسرجين).
- (٧) جاء في اختلاف الفقهاء: ٩٠/٣ : (قال أصحابنا : لا بأس ببيع السرجين). انظر: الإفصاح: ٣٥٤/١ .
- (٨) أخرجه أبو داود في سننه: [٣٤٨٨] ٢٨٠/٣ ، وأخرجه أحمد في مسنده: ٢٢٢١ ، ٢٤٧/١ .

٩١٣ - مسألة: لا يجوز بيع الكلب^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. وعن أصحاب مالك كالْمُذْهَبِينَ^(٣)، ولا يختلفون أنه يضمن بالإتلاف. دليلنا: «نهيه ﷺ عن ثمن الكلب»^(٤)، وفي لفظ آخر: «ثمن الكلب خبيث»^(٥)، ولأنه حيوان لا يثبت في الذمة سلباً أشبه الحرير، ولأنه لا يقتنى على الإطلاق أشبه الخنزير والذئب والسبع، ولأنه عقد معاوضة فهو كالسلم.

٩١٤ - مسألة: الكافر لا يصح شراءه لعبد مسلم^(٦)، وقال أبو حنيفة: يصح ويؤمر بإزالة ملكه عنه، وعند مالك والشافعي كالْمُذْهَبِينَ. دليلنا: أنه عقد منع الكافر من استدامته لأجل الإسلام فممنوع من ابتدائه كنكاحه للمسلمة.

٩١٥ - مسألة: بيع رباع^(٧) مكة لا يجوز، وبه قال أكثرهم^(٨)، وعنه أنها فتحت صلحاً فيدل على البيع، وبه قال الشافعي. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَالْمَسْجِدَ﴾

(١) جاء في الممتع: ٢٠/٣: (وأما كون بيع الكلب لا يجوز فلما روى ابن مسعود أن الرسول ﷺ نهى عن ثمن الكلب). وانظر: المغني: ١٨٩/٤.

(٢) جاء في الأم: ١١/٣: (لا يحل للكلب ثمن بحال، وإذا لم يحل ثمنه لم يحل أن يتخذه إلا صاحبه عند أو حرث أو ماشية...).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: ١٤٢/٥، والفواكه الدواني: ١٣٨/٢، والشرح الكبير بحاشية الدسوقي: ١١/٣.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، انظر: فتح الباري: ٤٢٦/٤، ومسلم في صحيحه: ١١٩٨/٣.

(٥) مسند الإمام أحمد: ٢٧٨/١، والمستدرک على الصحيحين: ٢٥٧/١، وسنن الدارقطني: ٦٣/١.

(٦) جاء في المغني لابن قدامة: ٣٦٨/٣: (ولا يصح شراء الكافر مسلماً، وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد القولين، وقال أبو حنيفة: يصح ويجبر على إزالة ملكه. ولنا أنه يمنع استدامة ملكه، فممنوع ابتدائه كالنكاح).

(٧) الرباع: بكسر الراء: المنازل ودار الإقامة. انظر: كشف القناع: ١٦٠/٣.

(٨) جاء في الكافي: ٦/٢: (وفي بيع رباع مكة وإجارتها روايتان: إحداهما: يجوز. والثانية: لا تجوز، لأنها فتحت عنوة). انظر: المقنع: ٩/٢، وكشاف القناع: ١٦٠/٣، والبدائع: ١٤٦/٥، والفروق وعلى هامشها التهذيب: ١٠/٤-١١.

الحرام الذي جعلناه للناس سواء العاكف فيه والبادي»^(١)، وكل موضع ذكر المسجد الحرام فإنه جميع الحرم كقوله: «إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام»^(٢)، وصحة البيع تمنع المساواة. وأيضاً ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مكة مناخ لا تباع رباعها ولا تؤجر بيوتها»^(٣)، وروي أنها كانت تدعى على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وعمر بالسوائب من احتاج سكن ومن استغنى أسكن، ولأنها بقعة من الحرم أوجب على الكافة ورودها، ولا تدخل إلا بإحرام أشبه بين الصفا والمروة.

٩١٦ - مسألة: لا يجوز بيع الزيت النجس، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة.^(٥) دليلنا: ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه»^(٦)، وروي أنه قال في السمن تقع فيه فأرة: «إن كان مائعاً [فلا تقربوه]^(٧)»^(٨)، وهذا يمنع بيعه، ولأنه مائع نجس أشبه الخل التمرى.^(٩)

(١) سورة الحج: الآية رقم: ٢٥.

(٢) سورة التوبة: الآية رقم: ٢٨.

(٣) أخرجه الحاكم في مستدركه: ٦١/٢، والدارقطني في السنن: ٥٨/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٥/٦.

(٤) جاء في الممتع: ٢١/٣: (وأما كون بيع الأدهان النجسة لا يجوز على المذهب فلأن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم ثمنه». أخرجه أبو داود: ٢٨٠/٣، وانظر: الشرح الكبير للدردير: ١٠/٣، وشرح المحلى على المنهاج: ١٥٧/٢، وتحفة المحتاج: ٢٣٥/٤.

(٥) انظر: الدر المختار: ١١٤/٤، وتبيين الحقائق: ٥١/٤.

(٦) أخرجه أبو داود: ٢٨٠/٣، وأحمد في مسنده: ٢٤٧/١.

(٧) في النسخ الخطية: «فأريقوه» والتصويب من نص الحديث في مصادر التخريج.

(٨) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأطعمة، باب في الفأرة تقع في السمن: ٣٦٤/٣ حديث رقم ٣٨٤٢، والنسائي في سننه، كتاب الصيد والذبائح، باب الفأرة تقع في السمن: ١٧٨/٧، ومسند أحمد: ٢٦٥/٢، والطبراني في المعجم الكبير: ٤٣٠/٢٣ حديث رقم ١٠٤٥، ١٥/٢٤ حديث رقم ٢٦.

(٩) في المخطوط: «المرى».

٩١٧- مسألة: يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري^(١)، وقال أبو حنيفة: يسلم المشتري ثم يسلم المبيع وهو اختيار ابن القصار المالكي، وعن الشافعي كالمذهبيين. دليلنا: أن البائع تعلق حقه بالذمة والمشتري بالعين فجري مجرى غرماء الميت إذا كان مع أحدهم رهن، ولأن ما ذكرناه أولى لأنه يستقر به البيع وما ذكره بخلافه.

٩١٨- مسألة: إذا جعل الثمن ألف مثقال ذهباً وفضة فهو مجهول والبيع باطل^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: صحيح ويكون بالنصفين. دليلنا: أن هذا الإطلاق يحتمل المساواة والمفاضلة أشبه لو قال منها ذهب ومنها فضة.

٩١٩- مسألة: الإقالة^(٣) فسخ، وبه قال الشافعي^(٤) وهي اختيار الخرقى، وفيه رواية أخرى: بيع^(٥)، وبه قال مالك^(٦)، وقال أبو حنيفة: هي بيع في حق غير

(١) جاء في الكافي: ١٠٧/٢: (وإذا كان البيع بثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع أولاً لتعلق حق المشتري بعينه ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن).

(٢) جاء في الكافي: ١٠٧/٢: (وإن قال: بعثك بألف درهم ذهباً وفضة، لم يصح، لأنه لم يبين القدر من كل واحد منهما).

(٣) الإقالة: من أقال، وأقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه، وهي في البيع: رفع العقد بعد وقوعه.. ونستطيع أن نقول: بأنها فسخ البيع بمثل الثمن إذا ندم أحد المتبايعين واستجاب الآخر لندمه. وقد حدث خلاف بين الفقهاء في الإقالة هل بيع أم فسخ..؟ لأنه يترتب على كل واحد هجله أحكام.. انظر: المصباح المنير مادة (قيل)، والمغني لابن قدامة: ١٣٥/٤، والأم للشافعي: ٦٧/٣.

(٤) فذهب الحنابلة والشافعية إلى أنها فسخ. فقد جاء في الروض المربع: ص ٢٦٨: (وهي فسخ فتجوز بمثل الثمن ..). انظر: المغني: ١٣٥/٤، والاختيار: ١٨٤/١.

(٥) جاء في الكافي: ١٠١/٢: (وهي فسخ في أصح الروايتين، وعنه: أنها بيع، لأنها نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكانت بيعاً كالأول، والأول أولى).

(٦) انظر: المدونة: ٧٦١/٩.

المتعاقدين وفسخ في حقهما^(١)، وقال أبو يوسف : هي فسخ قبل القبض بيع بعده^(٢) دليلنا : أن الإقالة هي الرفع والإزالة ومنه قولهم : أقال الله عثرته فكانت فسخاً، لأن هذا معنى الفسخ، ولأنه مبيع عاد إلى ملكه بلفظ لا ينعقد به البيع أشبه إذا فسخ بخيار العيب والشرط^(٣).

فصل : فإن تقايلا بزيادة من الثمن أو نقصان لم تصح الإقالة، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : تصح بالثمن الأول ويبطل الشرط. دليلنا : أن القصد منها الفسخ، وهذا إنما يكون بوفق الثمن فلا يكون فسخاً، لأن مقصود الفسخ ما وجد ولا يكون بيعاً لأنهما لم يقصداه، ولأن اللفظ لا يصلح للبيع.

٩٢٠ - مسألة : تصح الإقالة في بعض المسلم فيه، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لإحدى الروایتين ولأكثرهم. دليلنا : أن السلم عقد معاوضة محضة، فإذا صح الإقالة في جميعه صح في بعضه كالبيع، ولا يلزم النكاح، لأنه لا تتمحض فيه المعاوضة.

٩٢١ - مسألة : إذا كان السفل لمالك والعلو لآخر فاستهدم العلو وأراد مالكة بيعه صح ذلك، وقال أبو حنيفة : لا يصح. دليلنا : أن ما جاز بيعه مبنياً جاز منقوضاً كالسفل.

(١) جاء في اختلاف الفقهاء: ١٠٢/٣ : (وقال أبو حنيفة: هي بعد القبض فسخ، لا يقع إلا بالثمن الأول)، وجاء في تحفة الفقهاء: ١١٠/٢ : (قال أبو حنيفة: هي فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق الثالث). وقال أبو يوسف: (هي بيع جديد ما أمكن)، وقال زفر: (هي فسخ).

(٢) جاء في اختلاف الفقهاء: ١٠٢/٣ : (قال أبو يوسف: هي بيع مستقل بعد القبض) انظر توضيح هذه المسألة في: المختصر: ص ٧٩، والمزني: ص ٧٩، والمبسوط: ١١٠/١٤، والمدونة: ٦٩/٤.

(٣) انظر: مغني المحتاج: ٩٥/٢، والبحر الرائق: ١١٤/٦.

(٤) جاء في الروض المربع: ص ٢٨٣ : (ويصح الإقالة في السلم)، ولأن الإقالة في السلم تجوز فلأنها فسخ على الصحيح.

٩٢٢ - مسألة: لا يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم، وبه قال أبو حنيفة^(١)، وقال مالك^(٢): يختص ذلك بالأُم مع ولدها، وقال الشافعي^(٣): يختص بالوالدين وإن علياً والمولودين وإن سفلوا. دليلنا: ما روى علي ابن أبي طالب قال: «أتى رسول الله ﷺ بسبي فدفعت إليّ أخوين فبعت أحدهما. فقال رسول الله ﷺ: أردد البيع»^(٤)، وروى عنه أبو موسى الأشعري أنه قال: «لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والأخ وأخيه»^(٥)، ولأن بينهم رحم محرم أشبه الوالدة.

فصل: فإن وجد التفريق المنهي عنه فالبيع باطل، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما تقدم من الأخبار والنهي يقتضي الفساد، ولأنه بيع محرم لمعنى في المبيع أشبه بيع الخمر والخنزير، ولأنه نوع تفريق منع منه في البيع فهو كالتفريق بين الجارية وحملها.

فصل: ولا يجوز ذلك قبل البلوغ ولا بعده، وفي رواية أخرى: يختص النهي بما قبل البلوغ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك في إحدى الروايتين، وفي الرواية الأخرى: ما لم يثغر، وقال الشافعي^(٦): يمنع ما لم يبلغ سبعاً أو ثمانية

(١) جاء في تحفة الفقهاء: ١١٥/٢: (لا خلاف أن التفريق في الولادة مكروه كالتفريق بين الأب وابنه ونحو ذلك.. وأما فيمن سواهم من ذوي الرحم المحرم كالإخوة والأخوال، فإنه يكره التفريق).

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٢٢٤/٣: (اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها لقول الرسول ﷺ: «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»).

(٣) جاء في المذهب: ٥٢/٢: (ولا يجوز أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع قبل سبع سنوات). انظر: حلية العلماء: ٥٣٠/٢.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه حديث رقم ٢٢٤٩ وانظر: نصب الراية: ٢٦/٤.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٧٥٦/٢، والدارقطني في سننه: ٦٧/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٢٨/٦، وكلهم بلفظ «لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها».

(٦) جاء في المذهب: ٥٢/٢: (وهل يجوز بعد سبع سنين إلى البلوغ؟ فيه قولان: أحدهما: لا يجوز، لعموم الأخبار، ولأنه غير بالغ فلا يجوز التفريق بينه وبين أمه في البيع. والثاني: يجوز، لأنه مستغن عن حضانتها فجاز التفريق بينهما كالبلوغ).

سنين. دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس على ما قبل السبع والثغر.

فصل: فإن ابتاع جارية وولدها ثم ظهر على عيب بأحدهما ردهما أو أمسكهما، وبه قال الشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة^(١): له رد المعيب خاصة. دليلنا: أنه فرق بينهما في الرق أشبه إذا كان بيع أو إقالة.

فصل: ولا يفرق بينهما إذا تعلق بأحدهما حق مال كالجناية والدين ونحوهما، وبه قال أبو يوسف خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يفرق. دليلنا: ما تقدم من القياس على التفريق بالبيع.

٩٢٣- مسألة: إذا قال العبد لرجل ابتاعني وابتاعه، فإذا سيده قد أعتقه فالضمان على السيد، وقد نص أحمد عليه، وقال أبو حنيفة: الضمان على العبد إلا أن يكون السيد حاضراً حين هذا الكلام. دليلنا: أن السيد قبض الثمن وضمن العهدة، فهو كما لو كان حاضراً.

٩٢٤- مسألة: يجوز بيع النحل مفرداً عن كواراتها^(٢) إذا شاهدها في الكورات، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعها مفردة. دليلنا: أن ما جاز بيع الخارج منه جاز بيعه بانفراده كالشاة، وهكذا الخلاف معه في بيع دود القز، والدلالة عليه ما تقدم.

٩٢٥- مسألة: إذا وكله في أن يشتري له طعاماً فاشتري دقيق الحنطة، لم يلزمه قبوله خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن المعهود من الطعام الحب فوجب حمله عليه.

(١) جاء في اختلاف العلماء: ١٦٥/٣: (قال أصحابنا: يرد المعيب ويمسك الأخرى، وقال أبو يوسف: يردهما جميعاً كالخفين والتعلين.. وقال مالك: يردهما جميعاً).

(٢) الكوارة: بيت يتخذ من قضبان ضيق الرأس للنحل تعسل فيه، وكوارة النحل عسلها في الشمع. لسان العرب: ١٥٧/٥. وجاء في حلية العلماء: ٥٢٨/٢: (وفي بيع النحل في الكندوج وجهان: أحدهما: وهو اختيار الشيخ أبي حامد أنه لا يجوز، فإن اجتمع فرخه في موضع وشوهد جاز بيعه.. وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع النحل).

٩٢٦- مسألة: إذا ابتاع نفسان عبداً وغاب أحدهما وجاء الآخر يطالب بحصته، كان ذلك خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه طالب بحصته أشبه إذا أوجب لهما بلفظين.

فصل: فإن قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع إلي جميعه، لم يكن له ذلك خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن الشريك لم يَأْذَن في ذلك ولا هو ووكيله، أشبه إذا حضرا جميعاً.

٩٢٧- مسألة: إذا اتفقا على بيع تلجئة^(١) ولم يلفظا بذلك عند العقد فالبيع باطل، وبه قال أبو يوسف ومحمد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قوليهما البيع صحيح.^(٢) دليلنا: أنهما لم يقصدا البيع فهما كالهالزين.

٩٢٨- مسألة: إذا أظهرنا ثمناً وأبطنا^(٣) خلافه، [فالثمن هو الأول].^(٤)

٩٢٩- مسألة: إذا اشترى ثمرة فأجرة الجذاز على المشتري^(٥)، وقال أبو يوسف: على البائع. دليلنا: أنه يمكن تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد، فهو كما لو ابتاع صبرة طعام.

٩٣٠- مسألة: بيع المريض من وارثه في مرض موته بثمن المثل صحيح، وبه قال الشافعي^(٦) وصاحباً أبا حنيفة، وقال أبو حنيفة: لا يصح. دليلنا: أنه بيع لا يلحق فيه تهمة أشبهه بيع الأجنبي.

-
- (١) بيع التلجئة: هو أن يخاف الرجل ظالماً يأخذ ماله، فيواطئ رجلاً يظهر بيعه إياه ليحتمي بذلك ولا يريدان بيعاً حقيقياً، لأنهما ما قصداه. وهو كبيع المكروه. انظر: الكافي: ٤٢/٢.
- (٢) انظر: بدائع الصنائع: ١٧٦/٥، والمجموع: ٣٣٤/٩، والفروع: ٤٩/٤.
- (٣) جاء في كشف القناع: ١٧٣/٣: (وإن عقده أي البيع سرّاً بثمن كعشرة، وعقده علانية بثمن آخر أكثر منه كائني عشر.. أخذ المشتري بالثمن الأول دون الزائد).
- (٤) ما بين المعكوفين بياض في الأصل، وما أثبتناه من كتب المذهب.
- (٥) جاء في المغني: ١٦٣/٦: (والحصاد على المشتري، فإن شرطه على البائع بطل البيع).
- (٦) قال ابن قدامة: (وبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة، وثبوت الشفعة وسائر الأحكام، إذا باع بثمن المثل، سواء كان لوارث أو غير وارث). المغني: ٤٤٨/٧.

٩٣١- مسألة*: إذا استقرض فلوساً نافقة ثم كسدت فعليه قيمتها^(١)، وقال أبوحنيفة: يرد الفلوس.^(٢) دليلنا: أن بالكساد خرجت عن أن تكون ثمناً فلا يلزمه قبولها كالزئوف.

٩٣٢- مسألة: إذا كان له في ذمته دين فقال له: تصدق به، أو حج به، عني لم يبرأ بذلك الفعل^(٣) خلافاً لأبي يوسف ومحمد. دليلنا: أن ما ثبت في ذمته لا يبرأ إلا بتسليمه إلى وكيله، أو إليه، أو الإبراء منه، وهذا معدوم هاهنا، ولا يقال للفقراء وكلاً، لأنهم غير معينين فصار كقوله: وكلت رجلاً لا يُعينه.

٩٣٣- مسألة: إذا شرط في القرض أجلاً لم يلزمه، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لمالك.^(٥) دليلنا: أن الأجل يأخذ قسط من الثمن وهذا يعدم في القرض.

٩٣٤- مسألة: إذا أقرض صبيّاً أو عبداً فأهلكه، فلا ضمان على الصبي رواية واحدة، وفي حق العبد على روايتين^(٦)، وقال الشافعي: يلزم العبد الضمان،

* هذه المسألة والتي تليها داخله في كتاب القرض ولم يعنون لها المؤلف وأدخلها ضمن كتاب البيوع، بدليل إيراد آخر مسألة في كتاب البيوع تخص البيع.
(١) جاء في الكافي: ١٢٤/٢: (فلو أقرضه فلوساً أو مكسرة، فخرّبها السلطان وتركت المعاملة بها فعليه قيمتها يوم أخذها).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٥/٣: (ولو استقرض فلوساً أو دراهم، ثم كسدت، فعند أبي حنيفة يجب عليه رد مثلها، وعند أبي يوسف ومحمد: رد قيمتها، لكن عند أبي يوسف: تعتبر القيمة يوم القرض، وعند محمد: في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد).

(٣) جاء في المستوعب: ١٧٧/٢: (لو قال له: تصدق بها عني أو حج بها عني، لم يجز).

(٤) انظر: الكافي: ١٢٢/٢، والممتع: ٢٠٩/٣ وبدائع الصنائع: ٣٩٦/٧، ورد المحتار: ١٧٠/٤، وروضة الطالبين: ٣٤/٤.

(٥) انظر: ميارة على التحفة: ١٩٦/٢، والبهجة: ٢٨٨/٢.

(٦) جاء في المستوعب: ١٧٩/٢: (إذا أقرض صبيّاً حراً شيئاً فاستهلكه فلا ضمان عليه «قبل البلوغ ولا بعده».. فإن أقرض عبداً بالغاً شيئاً فعلى وجهين كما لو باعه شيئاً في ذمته؛ أحدهما: يصح فيضمنه ضامن القرض. والثاني: لا يصح فيضمنه ضامن المقبوض عن بيع فاسد).

فالدلالة على أن الصبي لا يضمن بحال أنه إذا أقرضه فقد أذن له في الاستهلاك ، فلو أوجبنا الضمان أوجبناه بقبوله للقرض وقول الصبي لا حكم فيما يتعلق بالضمان . وأما العبد فلا حكم لقوله في ضمان المال في حق المولى ، وإنما قلنا يرجع عليه بعد العتق ، لأن له قول صحيح ، فإذا لم يلزمه في الحل بحق المولى لزمه بعد العتق وبهذا فارق الصبي ، لأنه ليس له قول صحيح .

٩٣٥ - مسألة: يجوز قرض الحيوان والثياب، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة^(٢): لا يجوز، وزاد علينا من وافقنا في المسألة فقال: وقرض العبيد والإماء^(٣). دليلنا: «أن النبي ﷺ استقرض بغيراً ورد سناً فوق سن وقال: خيركم أحسنكم قضاءً»^(٤)، ولأن ما جاز استقرضه لكافة المسلمين كذلك لأحاديثهم كالمكيل والموزون.

٩٣٦ - مسألة: يجوز قرض الخبز ويقضيه عدداً^(٥)، وفي رواية: وزناً^(٦)، وقال أبو حنيفة: لا يصح قرضه. دليلنا: قول عائشة: يارسول الله، إن الجيران

-
- (١) جاء في كشف القناع: ٣/٣١٣: (ويصح قرض حيوان وثوب لبئس المال، ولأحد المسلمين).
- (٢) جاء في حلية العلماء: ٢/٥٩٢: (قال أبو حنيفة: لا يجوز قرض الحيوان، ولا يجوز القرض إلا فيما له مثل كالمكيل والموزون).
- (٣) جاء في المذهب: ٢/٨٣: (ويجوز استقرض الجارية لمن لا يحل له وطؤها كالبيع).
- (٤) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، وأخرجه الترمذي في جامعه: ٣/٦٩، وأخرجه أبو داود: ٣/٢٤٧.
- (٥) جاء في الكافي: ٢/١٢٣: (ويجوز قرض الخبز، ورد مثله عدداً بغير وزن في الشيء اليسير، وعنه لا يجوز إلا بالوزن قياساً على الموزونات).
- (٦) جاء في المذهب: ٢/٨٥: (فإن اقترض الخبز وقلنا: يجوز إقراض ما لا يضبط بالوصف، ففي الذي يرد وجهان: أحدهما: مثل الخبز. والثاني: ترد القيمة ..).

يستقرضون الخبز والخمير ويردون زيادة ونقصان، فقال: «لا بأس إنما ذلك مرافق للناس لا يقصدون به الفضل»^(١)، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فهو كالمكيل والموزون.

٩٣٧ - مسألة: إذا ابتاع سلعة بفلوس فكسدت، لم يبطل البيع وعليه قيمة الفلوس، وقال أبو حنيفة: يبطل البيع ووافقنا صاحباه. دليلنا: أن أكثر ما فيه بقدر التسليم لما ثبت في الزمة، وهذا لا يوجب بطلانه كتعذر المسلم فيه.

(١) أخرجه الخطيب البغدادي في تاريخ بغداد: ٢٦٧/٩ في ترجمة شيخ بن عميرة بن صالح الذي روى هذا الحديث بسنده عن عائشة رضي الله عنها.

كتاب السلم^(١)

٩٣١ - مسألة: يصح السلم في المعدوم إذا كان موجوداً حين المحل^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ دخل المدينة وهم يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»^(٣)، فوجه الدلالة أنه أقرهم على السلم في الثمار السنة والسنتين بهذه الشرائط وهي معدومة في ذلك الوقت، ولأنه مضبوط بالصفة عام الوجود عند المحل، فهو كالموجود حين العقد.

٩٣٩ - مسألة: السلم الحال لا يصلح^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٥). دليلنا: ما تقدم من حديث ابن عباس، ولأنه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه فلا يقع إلا على وجه واحد كرأسمال السلم وثمان الصرف هناك وجه واحد، وهو كونه حالاً، وهاهنا الوجه الواحد التأجيل، أو نقول أحد عوض السلم أشبه رأس المال.

-
- (١) السلم في اللغة: التقديم والتسليم، وهو تسليم رأس المال. انظر: القاموس المحيط مادة (سلم). وشرعاً هو: عقد على شيء يصح بيعه موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد. انظر: كشف القناع: ٢٨٩/٣.
- (٢) جاء في كشف القناع: ٣٠٣/٣: (أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله سواء كان المسلم فيه موجوداً حال العقد أو معدوماً كالسلم في الرطب والعنب زمن الشتاء).
- (٣) رواه أحمد في مسنده: ٣٥٨/١.
- (٤) جاء في الممتع: ١٩١/٣: (فإن أسلم حالاً أو إلى أجل قريب كالיום ونحوه لم يصح لأن الحلول يخرج عن اسمه ومعناه).
- (٥) جاء في حلية العلماء: ٥٨٠/٢: (ويصح السلم حالاً ومؤجلاً.. وقال أبو حنيفة: لا يصح السلم الحال وهو قول مالك وأحمد).

فصل: ومن شرطه أجلاً له وقع في الثمن^(١)، وقال أبو حنيفة: أقله ثلاثة أيام، وقال زفر: أقله نصف يوم.^(٢) دليلنا: ما تقدم من الخبر ولم يحده بحد، ولأن الأجل إنما جعل رفقاً بالمسلم إليه فيجب أن لا يتقدر بالأيام ويقف على ما يحصل به المقصود.

فصل: ولا يصح التقدير بالجداز والحصاد^(٣)، وبه قال أكثرهم، وقال مالك^(٤): يصح تقديره بذلك، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن الحصاد والجداز قد يتقدم ويتأخر فصار كدخول الشتاء والصيف.

فصل: إذا تفرقا في السلم قبل قبض رأس المال بطل^(٥)، وبه قال أكثرهم^(٦)، وقال مالك^(٧): لا يبطل حتى يمضي ثلاثة أيام من غير قبض. دليلنا:

(١) جاء في الكافي: ١١٣/٢: (الأمر الثالث: أن تكون مدة لها وقع في الثمن كالثمن ونصفه ونحوه، أما اليوم ونحوه فلا يصح).

(٢) انظر: بدائع الصنائع: ٢١٣/٥، وفتح القدير: ٢١٩/٦، وبداية المجتهد: ٢٢٨/٢.

(٣) جاء في الكافي لابن قدامة: ١١٣/٢: (فإن جعله إلى يوم الحصاد والجداز والموسم لم يصح، لأن ابن عباس قال: لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم)، ولأنه يختلف ويبعد ويقرب فلم يجر جعله أجلاً.

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٢٦٤/٣: (وأما الأجل إلى الجداز والحصاد، وما أشبه ذلك، فأجازه مالك، ومنعه أبو حنيفة والشافعي.. فمن رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذا الأجل يسير أجازه، ومن رأى أنه كثير لم يجزه).

(٥) جاء في المستوعب: ١٦٢/٢: (ومتى تفرق قبل قبضه بطل السلم)، وجاء في بداية المجتهد: ١٩٦/٣: (الشرط السادس: أن يقبض رأس المال في مجلس العقد، لأنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق، فلا يجوز التفرق قبل القبض).

(٦) جاء في حلية العلماء: ٥٨٦/٢: (ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس، فإن أخره بطل العقد، وبه قال أبو حنيفة وأحمد... وقال مالك: يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك بشرط). انظر: المهذب: ٧٨/٢.

(٧) قال ابن رشد: (فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة، وأجاز تأخيره بلا شرط). انظر: بداية المجتهد: ٢٦٣/٣.

«نهيه ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ»^(١)، وروي : عن بيع الدين، ولأنه عقد شرط في لزومه القبض فهو كالصرف.

٩٤٠- مسألة: يصح السلم في الحيوان^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: ما روي عن عمرو بن العاص : «أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً وكان قد عز الظهر قال : أمرني أن أبتاع البعير بالبعيرين إلى مجيء المصدق»^(٤)، ولأنها عين يجوز أن تكون في الذمة نقداً، فجاز أن تكون في الذمة سلماً كالملك والموزون.

٩٤١- مسألة: يجوز السلم في اللحم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة.^(٦) دليلنا: ما تقدم من حديث ابن عباس وإنه قال فيه ووزن معلوم، ولأنه أشبه سائر الموزونات.

٩٤٢- مسألة: يجوز السلم في الرؤوس والأطراف^(٧) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أن ما جاز السلم في جملته جاز في أبعاضه المقصودة كالجوز واللوز.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٩٠/٥.

(٢) جاء في الكافي: ١١٠/٢: (وفي الحيوان روايتان: أظهرهما صحة السلم، لأن أبا رافع قال: استلف النبي ﷺ من رجل بكراً). رواه مسلم، ولأنه يثبت في الذمة صداقاً فصح. والثانية: لا يصح، لأنه يختلف اختلافاً متبائناً مع ذكر أوصافه الظاهرة). انظر: المذهب: ٧٢/٢.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ١٥/٢: (وأما السلم في الحيوان فجائز عند الشافعي إذا بين جنسه ونوعه وسنه وصفته. وعندنا: لا يجوز كيفما كان).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه: ١٢٢٤/٣، وأبو داود في سننه: ٢٤٧/٣، والترمذي في جامعه: ٦٠٩/٣، والنسائي في سننه: ٢٩١/٧.

(٥) جاء في المغني: ٣٩١/٦: (ويصح السلم في اللحم، وبه قال مالك والشافعي).

(٦) جاء في تحفة الفقهاء: ١٥/١: (وأما السلم في اللحم مع العظم الذي فيه: فلا يجوز عند أبي حنيفة أصلاً).

(٧) جاء في المغني: ٣٩٠/٦: (فأما السلم في الرؤوس والأطراف فيخرج في صحة السلم، وللشافعي قولان أيضاً كالروايتين؛ أحدهما: يجوز، وهو قول مالك والأوزاعي. والآخر: لا يجوز).

٩٤٣- مسألة: يجوز السلم في الخبز^(١) خلافاً لأكثرهم^(٢) دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس، ولأنه يضبط بالصفات فيذكر الوزن والجودة والرداءة والنشافة والرطوبة.

٩٤٤- مسألة: يجوز السلم في الأثمان إذا كان رأس المال غير الأثمان، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه موزون فصح السلم فيه كالحديد والرصاص.

٩٤٥- مسألة: من شرط رأسمال السلم أن يكون معلوماً بوزن أو كيل أو عدد أو ذرع^(٣)، وقال أبو حنيفة^(٤): في المكيل والموزون كذلك، فأما غيره فلا، وعن الشافعي^(٥) في الجملة قولان. دليلنا: أنه أحد عوضي السلم فاحتاج أن يكون مضبوطاً بالصفة كالمسلم فيه وكالمكيل والموزون.

٩٤٦- مسألة: يصح السلم في الجوز والبطيخ والرمان والبيض، هل يكون بالوزن أو العدد على روايتين^(٦)، وقال أبو حنيفة: البيض والجوز عدداً، وفي الباقي وزناً. دليلنا: أن هذا يتفاوت، لأنه يقال بين بيضة وبيضة بيضة،

(١) جاء في الكافي: ١٠٨/٢: (ويصح في الخبر واللبأ والشواء).

(٢) جاء في المذهب: ٧٣/٢: (ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط).

(٣) جاء في المستوعب: ١٥٨/٢: (من شرط صحة السلم أن يذكر المقدار، فيشترط في المكيل كيلاً معلوماً، وفي الوزن وزناً معلوماً، وكذلك في المعدود والمذروع، ولا يعين مكيالاً بعينه ولا ميزاناً بعينه، لأنه ربما هلك فيكون غراراً).

(٤) انظر: تحفة الفقهاء: ٩/٢.

(٥) جاء في المذهب: ٧٥/٢: (ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم، فإن كان في مكيل ذكر كيلاً معروفاً، وإن كان في موزون ذكر وزناً معلوماً، وإن كان في مذروع ذكر ذرعاً معروفاً).

(٦) جاء في الكافي: ١١٠/٢: (وفي المعدود من الجوز والبيض، والبطيخ والرمان والبقل ونحوه روايتان؛ أحدهما: لا يصح لذلك.. والثانية: يصح، لأن التفاوت يسير، ويمكن ضبط بعضه بالصغر والكبر، وبعضه بالوزن). وانظر: المستوعب: ١٤٨/٢.

فوجب أن يكون بالوزن كالرمان والبطيخ.^(١)

٩٤ - مسألة: إذا كان رأس المال في السلم ألف درهم فقبضه بعضها وقاصه بالباقي فما في ذمته صح السلم في المقبوض دون غيره^(٢)، وهكذا إن قبضه البعض وأحاله بالباقي^(٣)، وقال أبو حنيفة في الأولى كقولنا، وفي الثانية: يبطل الجميع.^(٤) دليلنا: إن تعذر القبض في البعض لا يبطل الجميع كما لو قاصه بما في ذمته.

٩٤ - مسألة: يملك المطالبة بالأرض عن العيب في المسلم فيه خلافاً لأبي حنيفة.^(٥) دليلنا: أنه معنى يستدرك به الظلامة أشبه الرد بالعيب.

٩٤ - مسألة: إذا تقايلا عقد السلم لم يملك المسلم التصرف في الثمن حتى يسترجعه^(٦) المسلم إليه، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي. دليلنا: قوله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(٧)، ولأنه رأس مال المسلم فلا

(١) جاء في الروض المربع: ص ٢٧٩: (وأما المعدود المختلف كالقواكه المعدودة كالرمان فلا يصح السلم فيه لاختلافه بالصغر والكبر).

(٢) جاء في كشف القناع: ٣٠٤/٣: (ولا يصح عقد السلم بما في ذمته، لأنه بيع دين بدين فهو داخل بقسطه وبطل فيما لم يقبض). انظر: الكافي: ١١٥/٢.

(٣) انظر: كشف القناع: ٣٠٦/٣.

(٤) انظر: فتح القدير مع العناية: ٣٤٦/٥، والدر المختار: ٢١٨/٤، وبدائع الصنائع: ٢٠٣/٥.

(٥) جاء في الكافي: ١٢١/٢: (وإذا قبضه فوجده معيباً فله رده وطلب حقه، لأن العقد يقتضي السلامة، وقا: أخذ المعيب، عما في الذمة). انظر: المغني: ٤٢١/٦، وتحفة الفقهاء: ٢٣/١. وجاء في المهذب: ٨٠/٢: (إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيباً فله أن يرده، لأن إطلاق العقد يقتضي مبيعاً سليماً فلا يلزمه قبول المعيب .. ولا يمكن أخذه مع المعيب فوجب الأرض).

(٦) جاء في المغني: ٤١٨/٦: (إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً أو مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن لم يكن مثلياً، فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه فقال الشريف أبو جعفر: ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه، وبه قال أبو حنيفة). انظر: الكافي: ١٢٧/٢، والمهذب: ٨١/٢.

(٧) رواه أبو داود في سننه: ٢٤٧/٢، وابن ماجه في سننه: ٧٦٦/٢.

ينصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يدي المسلم وأراد المسلم إليه التصرف فيه.

٩٥٠ - مسألة : إذا أسلم إليه في ثوب فأتاه بأجود منه وقال : ادفع إليّ الأرش أعني قيمة الزيادة بالجودة، لم يجز ذلك وإن تراضيا عليه^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢). دليلنا : أنه أفراد الصفة بالبيع فلا يصح، كما لو كان المسلم فيه طعاماً.

٩٥١ - مسألة : لا تجوز الشركة ولا التولية في المسلم فيه، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك^(٣). دليلنا : قوله ﷺ : «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»، ولأنه تمليك بعوض فلا يصح في المسلم فيه كالبيع.

٩٥٢ - مسألة : إذا دفع المسلم إليه إلى المسلم ذهباً وقال ابتع طعاماً واستوف حقه من تحت يدك جاز، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي. دليلنا : أنه قد حصل وكيلاً له فيما يبتاعه ويصير بملكه في يده أمانة، فهو كما لو كان عنده وديعة وقال استوفى حقه منها.

٩٥٣ - مسألة : إذا ابتاع من رجل طعاماً بعينه ودفع إليه غرائر وقال : ضعه فيها فهلك، فهو من ضمان المشتري . وبه قال أبو حنيفة^(٤) خلافاً للشافعي في قوله : من ضمان البائع.

وهذه المسألة إنما تفيد فائدة إذا قلنا : الطعام قبل قبضه من ضمان

(١) جاء في المستوعب : ١٦٦/٢ : (فإن قال المسلم إليه : زدني للجودة درهماً أو غيره ففعل، لم يصح ولو جاء بزيادة في المقدار وقال له : زدني للزيادة ففعل صح).

(٢) انظر : بدائع الصنائع : ٢٠٥/٥.

(٣) قال ابن قدامة : (وبيع المسلم فيه من بائعه أو من غيره قبل قبضه فاسد، وكذلك الشركة فيه، والتولية والحوالة به طعاماً كان أو غيره). انظر : المغني : ٤١٥/٦، وبداية المجتهد : ٢٠٦/٢.

(٤) انظر : تحفة الفقهاء : ٢٦/١، والمهذب : ٦٨/٣.

البائع. فأما إذا قلنا بالتعيين يكون من مال المشتري فلا يفيد تركه في الغرائر فائدة. دليلنا: أنه قد تعين حقه فيه، فتوكيله في تقبضه صحيح والغرائر يد لمالكها بدلالة أنهما لو تنازعا طعاماً في غرارة أحدهما حكمنا به له، وإذا كان كذلك حصل هلاكه في يد مالكة فضمنه.

٩٥ - مسألة: شرط مكان الإيفاء في السلم ليس بواجب ولا مستحب، وهل يجوز أم لا؟ على روايتين^(١)، وقال أبو حنيفة: إن كان لنقله مؤونة اشترط ذكره، وإن لم يكن له مؤونة فلا، وعن الشافعي^(٢) أقاويل اثنين منها: يذكر الوجوب في عموم الأشياء، والثاني: لا يجب ولا يستحب، والثالث: إنه مستحب. دليلنا: ما تقدم من الحديث ولم يذكر موضع الإيفاء، ولأنه تسليم مستحق بعقد فلا يجب اشتراطه كتسليم بيوع الأعيان.

٩٥ - مسألة: لا يجوز استصناع القماقم أو الخفاف والطسوت والأباريق، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز استحساناً لا قياساً.^(٣) دليلنا: أنه باع ما ليس بذه على غير وجه السلم فيجب أن لا يصح كما لو اصطنع ثوباً وشقه مازر.

٩٥ - مسألة: إذا أسلم في سلعة دراهم ثم بان أنها زيوف أو بعضها، بطل العقد فيما وقع فيه الرد، وفيه رواية أخرى: لا يبطل إذا رد إليه بدلها في

(١) جاء في الكافي: ١١٦/٢: (ولا يشترط ذكر مكان الإيفاء، لأن النبي ﷺ لم يذكره في حديث ابن عباس ولا في حديث زيد بن سعة، ولأنه عقد معاوضة أشبه البيع).

(٢) جاء في المهذب: ٧٧/٢ (وأما بيان موضع التسليم، فإنه إن كان في موضع لا يصلح للتسليم لأنه يختلف الغرض باختلافه. والثاني: لا يجب، بل يحمل على موضع العقد. والثالث: إن كان لحمله مؤونة وجب بيانه.. فإن لم يكن لحمله مؤونة لم يجب بيانه).

(٣) هذه مسألة خلافية بين الفقهاء.. فقد جاء في اختلاف الفقهاء: ٣٥/٣: (وقال مالك: لا بأس باستصناع القمم والطست والخف ونحوه مما يعرف ويعلم، وإن كان لا يعلم لا خير فيه. وقال أبو حنيفة: إن ضرب له أجل فهو سلم. وقال الثوري والشافعي: لا يجوز الاستصناع من ذلك إلا أن يكون شيئاً معلوماً).

مجلس الرد، وقال أبو حنيفة : إن كان أكثرها أو جميعها زيوف فردها بطل العقد ، وإن كان الزيوف فيه الأقل فردها وأخذ بدلها في مجلس الرد لم يبطل العقد، وقال صاحباه : يبطل بالرد بحال. فالدلالة على أنه يبطل في الجملة أن بالرد قد بطل الأول. فإذا قلنا انه إذا عاد فرد إليه البديل يصح السلم فقد صححنا هذا العقد بحكم القبض الأول ، وهذا البديل ما قبض قبل التفرق في ذلك العقد فيجب أن لا يصح كما لو كانا قد تفرقا في العقد الأول من غير قبض.

٩٥٧ - مسألة: إذا ابتاع طعاماً مكايلة لم يجز بيعه قبل كياله وهكذا^(١) في جميع الأشياء، وقال أبو حنيفة : في المكيل والموزون كذلك، فأما المذروع فإنه يجوز رواية واحدة، وفي المعداد روايتان. دليلنا: أنه لم يستوفيه لنفسه أشبه المكيل والموزون.

٩٥٨ - مسألة: لا يجوز التسعير^(٢) على الناس^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال

(١) جاء في الكافي: ١٢٠/٢ : (ولا يجوز بيع السلم قبضه، لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه»).

(٢) التسعير لغة : هو تقدير السعر يقال: سعت الشيء تسعيراً - أي جعلت له سعراً معلوماً ينتهي إليه. انظر: المصباح المنير، مختار الصحاح: مادة (سعر).

التسعير في الاصطلاح : تقدير السلطان أو نائبه للناس سعراً وإجبارهم على التبايع بما قدره. انظر: مطالب أولي النهى: ٦٢/٣، وأسنى المطالب: ٣٨/٢.

(٣) هذه مسألة أشتر الجدال والنقاش فيها، واختلف فيها:

(أ) جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز التسعير لقوله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» ، وقول الرسول ﷺ : «لا يحل مثل امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه». فهذان النصان حرما أكل مال الغير إلا برضاه، وفي التسعير إجبار للمالك أن يبيع بسعر لم يرضى به فكان غير جائز.

(ب) يرى الإمام مالك: أنه يجوز للحاكم أن يتدخل في أسعار السلع لقول الرسول ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار».

(٤) جاء في الكافي: ٤١/١ : (ولا يحل التسعير). وجاء في المذهب: ٦٤/٢ : (ولا يحل للسلطان التسعير).

مالك : لا يجوز الابتداء به، ولكن من حط سعراً قيل له إما أن تلحق بالناس أو تنصرف^(١) واختلف أصحاب مالك في معنى هذا اللفظ، فمنهم من قال : من حط سعراً إذا باع الناس بعشرة فباع بثمانية، ومنهم من قال: إذا باع الناس بثمانية فباع بعشرة. دليلنا: ما روي عن أنس أنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله فقالوا : يا رسول الله سعر لنا. فقال : «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق»^(٢)، وأيضاً فإن الإنسان أحق بالتصرف في ماله من غيره، وهذا يفضي إلى الاعتراض عليه في ماله.

(١) انظر: الشرح الصغير : ٦٣٩/١.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه: ٧٣١/٣، والترمذي في جامعه: ٦٠٥/٣، وأحمد في مسنده: ٢٨٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٩/٦.

كتاب الرهن^(١)

٩٥٩- مسألة: يصح الرهن في الحضر^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود^(٣).
دليلنا: ما روى أنس: «أن النبي ﷺ رهن درعاً له عند يهودي بالمدينة على شعير لأهله بالمدينة»^(٤)، ولأنه وثيقة تصح في السفر، فصحت في الحضر كالضمان والشهادة.

٩٦٠- مسألة: لا يصح الرهن قبل وجوب الحق^(٥)، وبه قال الشافعي^(٦) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه رهن معلق بشرط، فلا يصح كما لو علقه بدخول الدار، وكرهن المدين والمشاع.

٩٦١- مسألة: لا يلزم الرهن بمجرد القول، وبه قال أكثرهم^(٧) خلافاً لمالك^(٨).

(١) الرهن: لغة: الدوام والثبوت والحبس. انظر: القاموس المحيط والمصباح المنير مادة (رهن).
وشرعاً: (توثقة دين بعين يمكن استبقاؤه منها أو من ثمنها). الروض المربع: ص ٢٨٥.
(٢) جاء في الكافي: ج٢، ص ١٢٨: (وفي الحضر لما روت عائشة أن رسول الله ﷺ «اشتري من يهودي طعاماً ورهنه درعه»، ولأنه وثيقة جازت في السفر، فتجوز في الحضر كالضمان والشهادة.

(٣) انظر: المهذب: ٨٦/٢.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ١٦٢٠/٤، وابن ماجه في سننه: ٨١٥/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٩/٦، والنسائي: ٢٨٨/٧.

(٥) جاء في المستمع: ٢١٥/٣: (يجوز عقده مع الحق وبعده، ولا يجوز قبله إلا عند أبي الخطاب، أما كونه لا يجوز قبله فلأن الرهن وثيقة بحق فلم يجز قبل ثبوته كالشهادة، ولأن الرهن بيع فلم يجز أن يتقدم الحق كالثمن لا يتقدم المبيع).

(٦) انظر: روضة الطالبين: ٥٣/٤، ونهاية المحتاج: ٢٤٨/٤.

(٧) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٢٢/٢: (ولا يلزم رهن في حق راهن إلا بقبض، لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾).

(٨) انظر: المدونة الكبرى: ١٤٢/٢.

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يلزم بمجرد القول إذا كان متعيناً. دليلنا: قوله تعالى : ﴿واشهدوا إذا تباعتم﴾ .. إلى قوله : «فرهان مقبوضة»^(١) فنقلنا عند عدم الشهادة إلى التوثق بالرهن وصفة بالقبض، فدل على أن قبل القبض لا يكون لازماً ولا مستوثقاً به، ولأنه رهن غير مقبوض فلا يلزم تسليمه كما لو مات الراهن قبل تسليمه.

٩٦- مسألة : يصح رهن المشاع، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: بأنها عين يصح بيعها فصح رهنها كالمفردة، ولأنه عقد على الرقبة أشبه البيع، وإذا رهنه من شريكه، وكما لو رهنه نفسان من واحد.

٩٦- مسألة : لا يملك الراهن الانتفاع بالرهن، وبه قال أكثرهم. وقال الشافعي : يملك أن تؤجره^(٤). دليلنا: أنه محبوس لاستيفاء حق فلا يملك المالك الانتفاع به كالمبيع المحبوس على قبض الثمن، وكما لو أراد أن ينتفع بوطء المرهونة.

٩٦- مسألة : إذا ارتهن الغاصب المغصوب سقط عنه ضمانه، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً للشافعي^(٦). دليلنا: أنه عقد صحيح طراً على العين المغصوبة

(١) سورة البقرة : الآيات : ٢٨٢، ٢٨٣.

(٢) جاء في الممتع : ٢١٧/٣ : (ويجوز رهن المشاع، لأنه يجوز بيعه).

(٣) جاء في حلية العلماء : ٥٩٨/٢ : (ويصح رهن المشاع والمغرر، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة: لا يجوز).

(٤) مسألة الانتفاع بالرهن للراهن محل خلاف :

(أ) الأحناف قالوا بأنه لا يجوز للراهن أن ينتفع بالمرهون، لأن المقصود من الرهن هو الحبس والوثيقة، لكي يضجر قلب الراهن فيسارع إلى قضاء دينه، فلو قلنا: بأن ينتفع الراهن بالرهن يفوت. هذا المعنى فوجب أن لا يجوز). انظر: المبسوط : ١٠٧/١ والبدائع : ٣٧٤٠/٨، وتحفة الفقهاء : ٥٧/٣، وانظر: الكافي : ١٤١/٢.

(ب) بينما يرى الجمهور جواز الانتفاع لقول الرسول ﷺ : «لا يغلق الرهن من رانه له غنمه وعليه غرمه». انظر: الأم : ١٥٥/٣، والمهذب : ٩٥/٢، والوجيز : ١٦٤/١.

(٥) ذهب الأحناف إلى أنه يبرأ. انظر: تحفة الفقهاء : ٥٥/٣، والمبسوط : ٦٨/١.

(٦) ذهب الشافعية إلى أن الضمان لا يبرأ. الوجيز : ١٦٣/١، وروضة الطالبين : ٦٨/٤.

فأسقط ضمانها كما لو باعها أو وهبها، ولأن يد الغاصب متعديّة ويد المرتتهن أمانة فلا يجتمعان كما لو أودعه الموصوبة.

٩٦٥ - مسألة: إذا رهنه عبيدين بألف فمات أحدهما، بقي الآخر رهن بالدين^(١)، وبه قال، الشافعي. وقال أبو حنيفة في إحدى روايتيه: يبقى رهن بصف الدين. دليلنا: أنه محبوس بحق فكان محبوساً به وبكل جزء منه كالتركة، وأيضاً فإنه لو قضاء نصف الدين وقال ادفع إلى أحد العبيدين لم يلزمه ذلك، فدل على أن كل واحد منهما في مقابلة الدين وكل جزء منه.

٩٦٦ - مسألة: عتق الراهن ينفذ^(٢)، وبه قال أبو حنيفة. وفيه رواية أخرى: ينفذ بشرط اليسار، وبه قال مالك، وعن الشافعي كالروايتين^(٣)، وعنه أنه لا ينفذ أصلاً، وعليه يناظرون. دليلنا: قوله ﷺ: «لا عتاق فيما لا يملك ابن آدم»^(٤)، ولأنه عتق من مالك تام الملك جائز التصرف أشبه إذا لم يكن مرهوناً، وكالمشتري إذا أعتق المحبوس على قبض الثمن، وكما لو كان موسراً على مالك ومزناً عليه.

٩٦٧ - مسألة: إذا وطء المرتتهن الجارية المرهونة ولم يدع الجهل بالتحريم

(١) جاء في المستوعب: ١٩٧/٢: (وكذلك إن رهن شيئين بحق فتلف أحدهما، كان الآخر رهناً بجميع الحق ولو رهنه به دون غيره، ولا يكون له حبه بالدين الذي لا رهن به).

(٢) جاء في الكافي: ١٤٣/٢: (ولا يجوز له عتق الرهن، لأن فيه إضراراً بالمرتتهن، وإسقاط حقّه اللازم؛ فإن فعل، نفذ عتقه، نص عليه، لأنه محبوس، لاستيفاء حق فنفذ. وبعتق المالك كالمحبوس على ثمنه... وعنه لا ينفذ عتق المعسر، لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره فاختلف فيه الموسر والميسر). انظر: المستمع: ٢٢٣/٣.

(٣) جاء في حاشية العلماء: ٦٠٤/٢: (إذا أعتق الراهن المرهون ففيه ثلاثة أقوال أحدها: أنه يصح، وهو قول أبي حنيفة وأحمد. والثاني: أنه لا يصح، وبه قال عطاء. والثالث: وهو الأصح: أنه إن كان موسراً نفذ وإن كان معسراً لم ينفذ). انظر: المدونة الكبرى: ١٥٨/٤.

(٤) أخرجه الطبراني في معجمه عن معاذ بن جبل: ج ٢٠ حديث رقم ٣٤٩.

فعليه الحد، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لأبي حنيفة في إحدى الروايتين. دليلنا: أنها عين محبوسة لاستيفاء حق أشبه التركة إذا وطئها الغرماء،

فصل: فإن وطئها بإذن الراهن وادعى الاعتقاد الإباحة فلا حد ولا مهر^(٢)، وقال أبو حنيفة: يجب المهر^(٣)، وعن الشافعي^(٤) كالمذهبين. دليلنا: أنه إتلاف بمجرد إباحة فلا يتعلق به ضمان كما لو أذن له في الاستخدام.

فصل: فإن جاءت بولد فهو حر وليس عليه قيمته^(٥)، وقال أبو حنيفة: الولد رقيق^(٦)، وقال الشافعي: الولد حر^(٧)، وهل عليه قيمته أم لا؟ على قولين. فالدلالة على الحرية أنه مدعى لشبهة تقتضي حرية الولد أشبه المغرور، الدلالة على أنه لا تكون عليه قيمة الولد أن ما كان مأذوناً في سبب جرى مجرى المأذون فيه، دليله إذا أذن له في قطع يده فسرى إلى نفسه، وهاهنا الولد مأذون في سببه وهو الوطاء فكأنه أذن في إحبالها.

٩٦٨- مسألة: إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن، فإن الثمن يكون رهناً^(٨)

- (١) جاء في الممتع: ٢٤٤/٣: (وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة فعليه الحد والمهر وولده رقيق، لأنه وطئ حرام لا شبهة منه فأوجب ذلك).
- (٢) جاء في كشف القناع: ٣٦١/٣: (وإن وطئها مرتهن بأذن راهن، وادعى الجهالة، وكان مثله يجهل ذلك فلا حد عليه، لأن ذلك شبهة يدرأ بها الحد، ولا مهر عليه، وولده حر).
- (٣) انظر: حاشية ابن عابدين: ٤٨٢/٣، وتحفة الفقهاء: ٦١/٣.
- (٤) انظر: مغني المحتاج: ١٣٨/٢، وروضة الطالبين: ٩٩/٤.
- (٥) جاء في المستوعب: ١٩٢/٢: (وإن حبلى فالولد حر نسبه لاحق به ..).
- (٦) انظر: تكملة الفتوح: ٢٤٠/٨، والدر المختار: ٣٧٠/٥، وبدائع الصنائع: ١٥٢/٦.
- (٧) انظر: مغني المحتاج: ١٣٩/٢.
- (٨) جاء في الكافي: ١٤٥/٢: (فإن تصرف الراهن بأذن المرتهن فيما ينافي الرهن صح تصرفه وبطل الرهن إلا في البيع فله ثلاثة أحوال: (أ) أن يبيعه بعد حلول الحق فيتعلق حق المرتهن بالثمن، ويجب قضاء الدين منه، لأن مقتضى الرهن بيعه، واستيفاء الحق من ثمنه. (ب) أن يبيعه قبل حلول الحق بأذن مطلق، فيبطل الرهن ويسقط حق المرتهن من الوثيقة، ==

خلافاً للشافعي^(١). دليلنا: أنه بدل عن العين المرهونة فصار كقيمتها إذا تلفت.

٩٦٩- مسألة: فإن أذن له في بيعه بشرط أن يكون الثمن رهناً صح البيع والشرط، وقال الشافعي: البيع باطل^(٢). دليلنا: أنه إذن له في بيعه بشرط أن يكون الثمن رهناً أشبه إذا كان الدين حالاً.

فصل: فإن أذن له في بيعه على أن يعجل له الدين فالبيع صحيح والشرط باطل. وقال الشافعي في إحدى قولي: البيع باطل. دليلنا: أنه شرط باطل تقدم العقد فهو كسائر الشروط المتقدمة للعقد.

٩٧٠- مسألة: يصح رهن العبد الجاني^(٣) خلافاً للشافعي^(٤). دليلنا: أنه معنى لا يسري إلى الولد أشبه الارتداد وعكسه الاستيلاء.

٩٧١- مسألة: إذا رهنه عبداً بألف ثم استدان ألفاً أخرى لم يكن رهناً بهما بل بالإقالة، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك بهما، وعن الشافعي كالمذهبيين. دليلنا: أنه مرهون بحق فهو كما لو أراد أن يرهن من أجنبي.

== لأن سرف في عين الرهن تصرفاً لا يستحقه الدرهم، فأبطله كالعتق.

(جاء أن يشترط جعل الثمن رهناً، ويدخل فيه من ثمنه، فيصح البيع والشرط.

انظر: الممتع: ٢٢٥/٣ وقال مالك: لا يجوز بيع الراهن للرهن إلا أن يجيزه المرتهن فإن أجازه جاز ووقف الثمن.

(١) جاء في المذهب: ١٠٩/٢: (فإن أذن له في البيع لم يخل، إما أن يكون في دين حال أو في دين مؤجل، فإن كان في دين حال تعلق حق المرتهن بالثمن ووجب قضاء الدين منه).

(٢) انظر: الممتع: ٢٢٥/٣: الكافي: ١٤٥/٢، المذهب: ١٠٩/٢.

(٣) جاء في كشف القناع: ٣٢٦/٣: (ويصح رد القن المرتد، والقن القاتل في المحاربة ولو تحتم قتله، والقن الجاني عمداً كانت الجناية أو خطأ على النفس أو دونها كالأطراف، لأنه يصح بيعه في محل الحق).

(٤) جاء في المذهب: ٩٢/٢: (وفي رهن العبد الجاني قولان، واختلف أصحابنا في موضع القولين: أي ثلاثة طرق.. فمنهم من قال القولان في العمد، فأما في جناية الخطأ فلا يجوز قولاً واحداً، ومنهم من قال القولان في جناية الخطأ. أما في جناية العمد فيجوز قولاً واحداً، ومنهم من قال القولان في الجميع).

٩٧٢ - مسألة: إقرار الراهن على الرهن بجناية لا يصح، وبه قال أبو حنيفة^(١)، وقال مالك والشافعي في إحدى قوليه: يصح^(٢)، إلا أن مالك يشترط أن يكون المقر موسراً. دليلنا: أنه محبوس بحق فلا يصح الإقرار عليه بالجناية كالمبيع إذا أقر عليه البائع، ولا يلزم الإقرار على المؤجرة لأنه كمسألتنا.

٩٧٣ - مسألة: يصح رهن المدبر والمعلق عتقه بصفة^(٣)، وقال أبو حنيفة: يجوز في المعلق عتقه بصفة^(٤). فأما المدبر فلا، وقال الشافعي: لا يصح رهن واحد منهما^(٥). دليلنا: أنها عين جاز بيعها فجاز رهنها كالعبد الطلق.

٩٧٤ - مسألة: يصح رهن الأشياء الرطبة التي يسرع الفساد إليها^(٦)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي في إحدى قوليه^(٧). دليلنا: أن ما جاز رهنه بالدين الحال جاز بالمؤجل كالذي لا يسرع الفساد إليه.

- (١) جاء في الكافي: ١٥٤/٢: (إذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه، فكذبه المرتهن وولي الجناية لم يسمع قوله).
- (٢) جاء في المذهب: ١٠٩/٢: (وإن رهن عبداً وأقبضه ثم أقر أنه حتى قبل الرهن وصدقه المقر له وأنكر المرتهن ففيه قولان).
- (٣) جاء في المستوعب: ١٩٣/٢: (والرهن عقد على الرقبة فكل عين يجوز بيعها يجوز رهنها حتى المدبر والجاني والمرتد والمعلق عتقه بصفة).
- (٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٤٠/٣: (لا يجوز أن يكون المدبر وأم الولد والمكاتب والحر رهنًا، لأنه لا يمكن استيفاء الدين من هؤلاء).
- (٥) جاء في المذهب: ٩١/٢: (واختلف أصحابنا في المدبر فمنهم من قال: لا يجوز رهنه قولاً واحداً، لأنه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه.. ومنهم من قال يجوز قولاً واحداً، لأنه يجوز بيعه.. ومنهم من قال فيه قولان).
- (٦) جاء في المغني: ٤٥٩/٦: (ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد سواء كان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف كالعنب والرطب، أو لا يمكن كالبطيخ والطبخ..). انظر: المذهب: ٢٠٣/٣، وبدائع الصنائع: ١٤٨/٦.
- (٧) جاء في المذهب: ٢٠٣/٣: (ما يسرع إليه الفساد من الأطعمة والفواكه الرطبة التي لا يمكن استصلاحها يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل فساده، لأنه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه).

٩٧٥ - مسألة : إذا رهنه عصيراً فصار خمراً بطل الرهن وزال الملك، فإن زالت الشدة عاد الملك والرهن^(١)، وقال أبو حنيفة : لا يزول الملك ولا يبطل الرهن. دليلنا : أن بالشدة صار في حكم التالف بدلالة أنه لا تصرف فيه بالبيع والهبة، ولا يجب على متلفه الضمان فهو كما لو رهنه عبداً فمات.

٩٧٦ - مسألة : فإن اختلفا، فقال المرتهن : قبضتني خمراً، وقال الراهن : بل عصيراً، فالقول قول الراهن^(٢)، وقال أبو حنيفة : قول المرتهن، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٣) دليلنا : أنهما اتفقا على صحة العقد فمن يذكر أن الشدة بعد القبض فهو يدعي التصحيح والمرتهن يدعي البطلان فالقول قول مدعي الصحة، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب حادث فإن القول قول البائع.

٩٧٧ - مسألة : إذا اشترط المرتهن بيع الرهن عند حلول الدين ، فالشرط صحيح والرهن أيضاً^(٤)، وقال الشافعي : لا يصح الشرط قولاً واحداً، وفي بطلان الرهن قولان.^(٥) دليلنا : أن ما جاز للعدل بيعه جاز للمرتهن بيعه كغير

(١) جاء في الممتع: ٢٢٠/٣ : (ولو رهنه عصيراً فتخمر زال لزومه، فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق، لأن تخمير العصير بمنزلة إخراجه من يده في زوال يده، لأنه لا يد لمسلم على خمرة). انظر: المستوعب: ١٩١/٢، وكشاف القناع: ٣١٦/٣. وجاء في المذهب: ٢٣٢/٣ : (فإن كان امرهون عصيراً فصار في يد المرتهن خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن).

(٢) جاء في الممتع: ٢٣٥/٣ : (أو قال : أقبضتك عصيراً. قال: بل خمراً. فالقول قول الراهن، لأن المرتهن معترف بعقد وقبض ويدعي فساده، والأصل فيه السلامة). انظر: المستوعب: ٢٠٥/٢.

(٣) جاء في حلية العلماء: ٦١١/٢ : (فإن رهنه عصيراً وأقبضه، ثم وجد في يده خمراً فقال أقبضتني وهو خمرة؟ فلي الخيار في فسخ العقد، وقال الراهن: بل أقبضتك وهو عصير فصار في يدك خمراً فلا خيار لك، ففيه قولان: أحدهما: أن القول قول الراهن، والثاني: أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني، وبه قال أبو حنيفة).

(٤) جاء في الكافي: ١٥٧/٢ : (إذا شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل عند حلول أجل صح شرطه، لأن ما صح توكيل غيرهما فيه صح توكيلهما فيه كبيع عين أخرى).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٦٠٠/٢ : (وإن شرط في الرهن شرطاً ينافي مقتضى العقد وكان فيه منفعة للمرتهن فالشرط باطل. وهل يبطل البيع إن كان مشروطاً؟ فيه قولان؛ أحدهما: أنه باطل).

الرهن، ولأن ما جاز اشتراطه للعدل جاز للمرتهن كالإمساك.

٩٧٨-مسألة: إذا وكل الراهن للعدل في البيع عند الحلول ملك عزله^(١) خلافاً لأبي حنيفة.^(٢) دليلنا: أنها وكالة تبطل بالموت فبطلت بالعزل كسائر الوكالات.

٩٧٩-مسألة: إذا هلك ثمن الرهن تحت يد العدل فهو من ضمان الراهن^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة: من ضمان المرتهن^(٥) بناءً على قوله: الرهن مضمون. وقد تقدم الكلام في هذه المسألة، وهكذا إن باعه العدل فاستحق فالدرك على الراهن وعنده على العدل بناءً على أن حقوق العقد تتعلق بالموكل وعنده بالوكيل.

فصل: فإن أذن للعدل في تسليم الثمن إلى المرتهن فأنكر المرتهن القبض فلا ضمان على العدل خلافاً للشافعي في قوله: يضمن ويرجع يطالب المرتهن.^(٦) دليلنا: أن من كان القول قوله في تلف المال كان القول قوله في تسليمه كالمودع.

(١) جاء في الحافي: ١٥٧/٢: (فإن عزلهما الراهن صح عزله، لأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها). انظر: حلية العلماء: ٦٠١/٢.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٩/٣: (فأما إذا شرط أن يكون في يد العدل وأن يبيعه بدينه ويقضي به دينه فيصح، ولكن لا يملك الراهن نقض هذه الوكالة إلا برضا المرتهن، لأن البيع صار حقاً من حقوق الرهن).

(٣) جاء في المغني: ٤٧٦/٦: (وإذا باع العدل الرهن بإذنهما قبض الثمن فتلف في يده من غير تعد فلا ضمان عليه، لأنه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم في هذا خلافاً، ويكون من ضمان الراهن، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: من ضمان المرتهن...).

(٤) جاء في المجموع: ٢٤٩/١٣: (وإذا تلف الرهن في يد المرتهن من غير نفرط تلف من ضمان الراهن).

(٥) انظر: بدائع الصنائع: ١٤٩/٦ وما بعدها، وتبيين الحقائق: ٨٢/٦.

(٦) قال ابن قدامة: (وإن ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكره ففيه وجهان.. أحدهما: القول قول العدل، لأنه منكر، والعدل إنما هو أمينه في الحفظ لا في دفع الثمن إليه، فإن حلف رجع على من شاء منهما). الكافي: ١٦٠/٢، وانظر: المبسوط: ٨٢/٢١، والمزني: ص ٩٨.

٩٨٠ - مسألة: إذا كان الرهن في يد عدلين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه^(١)، وقال أبو حنيفة: إذا كان مما لا يمكن أن يكون في أيديهما كالعبد الواحد والثوب الواحد جاز أن ينفرد به أحدهما.^(٢) دليلنا: أنهما لم يرضيا بأحدهما حين جعلاه في يدي نفسيين فهو كما لو وكلا نفسيين في بيع أو شراء.

٩٨١ - مسألة: إذا شرط في الرهن شرطاً فاسداً لم يبطله^(٣)، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، وقال الشافعي^(٥): إن كان مما يضر بالمرتته بطل العقد نحو إن شرط عليه أن لا يبيعه عند المحل ولا يستوفي حقه إن كان شرط فيه منفعة يجوز أن يقول: إن جئتك بالحق إليّ كذا وكذا وإلا فهو لك، بطل الشرط قولاً واحداً، وفي بطلان العقد قولان.^(٦) دليلنا: قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»^(٧)، قال الشعبي وطاووس: ورد هذا على سبب وهو أنه يقول: إن جئتك بالدين وإلا فالرهن لك فأبطل النبي ﷺ الشرط وصحح العقد، ولأنه نوع عقد مختلف في كون القبض شرطاً فيه فلا تبطله الشروط الفاسدة كالعمري.

(١) جاء في الممتع: ٢٣٩/٣: (وإن شرط جعله في يد اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه، لأن الراهن لا يرضى إلا بحفظهما فلم يجز لأحدهما الانفراد بحفظه كالوصيين). انظر: الكافي: ١٥٦/٢.

(٢) انظر: المسوط: ٧٧/٢١، والمدونة: ٣٠٥/٥.

(٣) جاء في الكافي: ١٦١/٢: (فإن شرط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن يشترط أن لا يسلمه أو لا يباع عند الحلول.. فسد الشرط، لأن المقصود مع الوفاء به مفقود).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ١٤٠/٦.

(٥) انظر: مغني المحتاج: ١٢١/٢، ونهاية المحتاج: ٢٥٤/٣.

(٦) جاء في مختصر المزني: ص ١٦١: (قال الشافعي: ولو اشترط على المرتته أن لا يباع الرهن عند محل الحق إلا بما يرضى الراهن أو حتى يبلغ كذا.. كان الرهن فاسداً حتى لا يكون دون بيعه حائل عند محل الحق).

(٧) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٨١٦/٢، باب لا يغلق الرهن، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٦/٦، والحاكم في المستدرک: ٥٩/٢.

٩٨٢- مسألة: إذا رهنه رهناً مجهولاً لم يصح، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال مالك: يأتيه بما يرهن مثله بذلك الدين وهكذا الخلاف في الضامن المجهول. دليلنا: أنه عقد على عين فنافته الجهالة كالبيع.

٩٨٣- مسألة: إذا شرط في البيع رهناً فاسداً بطل البيع، وهذا على الرواية التي تقول البيع يبطل بالشروط الفاسدة، وقال الشافعي: البيع صحيح^(٢). دليلنا: أنه شرط فاسد أشبه سائر الشروط الفاسدة.

٩٨٤- مسألة: لا يصح أخذ الرهن والضمين بالمسلم فيه، وبه قال زفر، وهو اختيار الخرقى^(٣). وفيه رواية أخرى: يصح، وبه قال أكثرهم وجه الأولى: ما روي عن علي وابن عباس أنهما كرهاه، وعن ابن عمر أنه قال: هو ربا، وأيضاً فإنه ربما يهلك ويرتفعان إلى حاكم يرى ضمانه فربما كان من جنس الحق فينقصان فيكون قد أسلم في شيء وصرفه إلى غيره، وقد نهى النبي ﷺ عنه.

٩٨٥- مسألة: لا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: أنه وثيقة يستوفى الحق منها كالضمان.

٩٨٦- مسألة: يجوز تزويج المرهونة^(٥)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم^(٦).

(١) جاء في الكافي: ١٣٩/٢: (ولا يصح رهن المجهول الذي لا يجوز بيعه).

(٢) جاء في المغني: ٥٠٥/٦: (وإذا شرط في البيع رهناً فاسداً كالمحرم والمجهول والمعدوم ومالا يقدر على تسليمه أو غير المعين، أو شرط رهن المبيع على ثمنه، ففي فساد المبيع روايتان. واختار أبو الخطاب فساد البيع وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي). انظر: نهاية المحتاج: ٢٣٥/٤.

(٣) جاء في المستوعب: ١٩٩/٢: (ولا يجوز أخذ الرهن في سبعة مواضع بالمسلم فيه على إحدى الروايتين وبمال الكتابة).

(٤) انظر: المستوعب: ١٩٩/٢، والمجموع: ١٨١/١٣.

(٥) جاء في المتمتع: ٢٢٣/٣: (وقال القاضي: له تزويج الأمة، ويمنع الزوج وطئها ومهرها رهن منها).

(٦) جاء في المذهب: ١٠١/٢: (وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء والتزويج وغيرهما اذن فيه جاز له فعله).

دليلنا: أن أكثر ما فيه أنه لا يمكن تسليمها فهي كالأبقة والمغصوبة.

٩٨٧- مسألة: نماء الرهن يتبعه^(١) خلافاً لأكثرهم، إلا أن مالك سلم لنا الولد خاصة^(٢)، وسلم أبو حنيفة المتولد من عين الرهن دون اكتسابه^(٣). دليلنا: أنه مذهب معاذ وحذيفة، ولأنه نماء لو كان موجوداً حين العقد صح أن يكون رهناً، فإذا حدث على ملك الراهن وجب أن يكون رهناً كالمتمصل وكالولد على مالك والثمرة على أبي حنيفة.

٩٨٨- مسألة: إذا اختلف المتراهنان في قدر الدين فالقول قول الراهن، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال مالك: قول المرتهن إذا ادعى ما يطابق قيمة الرهن فما دون^(٥). دليلنا: قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٦)، والراهن ينكر الزيادة، ولأن من كان القول قوله في أصل الحق كان في مقداره كالزوج فيما يرجع إلى الطلاق.

(١) جاء في الممتع: ٢٢٥/٣: (ونماء الرهن وكسبه وأرث الجناية عليه من الرهن، لأن الرهن عقد وارد على العين فيدخل فيه، ولأنه تبع للأصل فكان رهناً). انظر: نهاية المحتاج: ٢٥٥/٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد: ٢٤٦/٢، والقوانين الفقهية: ص ٣١٩.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين: ٣٣٥/٥، وفتح القدير: ١٢٩/٩.

(٤) جاء في الكافي: ١٦٢/٢: (إذا اختلفا في قدر الدين، فالقول قول الراهن، لأنه منكر، والأصل عدم ما أنكر، ولأن القول قوله في أصل العقد فكذلك في صفته). انظر: المذهب: ١٠٦/٢، وانظر: المستوعب: ٢٠٥/٢.

(٥) جاء في المدونة الكبرى: ١٤٥/٤: (قلت رأيي لو إن ارتهنت رهناً قيمته مائة دينار، فقال المرتهن: ارتهنته بمائة دينار، وقال الراهن: بل رهنته بخمسين؟ قال مالك: القول قول المرتهن فيما بينه وبين قيمة الرهن).

(٦) أخرجه الترمذي في جامعه: ٦٢٦/٣، والدارقطني في سننه: ٢١٨/٤.

٩٨٩ - مسألة: الرهن أمانة^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة: يضمن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين^(٣)، وقال مالك: إن هلك بأمر ظاهر لم يضمنه وبخفي يضمنه^(٤). دليلنا: قوله ﷺ: «الرهن من راهنه» وتقديره من ضمانه، وقوله: «له غنمه وعليه غرمه»^(٥)، يعني هلاكه، ولأنه مرهون عري عن العدوان فعري عن الضمان كالزائد على ما استدان، ولأنه لا يضمن بمثل ولا قيمة ثمن، فصار كالهيئة والدم، ونخص مالك بالقياس على الوديعة بعله أنه لا يضمن بالهلاك الظاهر.

٩٩٠ - مسألة: إذا غاب الراهن وأنفق المرتهن على الرهن لم يكن متطوعاً^(٦) وقال أبو حنيفة والشافعي: يكون متطوعاً^(٧). دليلنا: قوله ﷺ: «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب

(١) قال ابن قدامة: ٤٧٢/٦: (والرهن أمانة في يد المرتهن، وإن تلف بغير تعد منه لم يضمنه، ولم يسقط شيء من دينه).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٦٠٨/٢: (فإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط لم يضمنه، وبه قال عطاء والأوزاعي وأحمد وأبو ثور...). وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري: الرهن مضمون بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين).

(٣) الدر المختار: ٣٤٢/٥، واللباب: ٥٥/٢، وتبيين الحقائق: ٦٣/٦، وبدائع الصنائع: ١٥٤/٦. (٤) جاء في بداية المجتهد: ٢٧٧/٢: (الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه.. وفرق قوم بين ما يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه من العروض فهو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه).

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه ٣٣/٣، والحاكم في المستدرک: ٥٨/٢. (٦) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٤٣/٢: (وإن تعذر استئذانه لتوليئه أو غيبته ونحوها وأنفق بنية الرجوع رجع - أي فله الرجوع على راهنه بالأقل مما أنفق على رهنه أو نفقة مثله ولو لم يستأذن حاكماً).

(٧) جاء في اختلاف العلماء: ٣٠٧/٤: (قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: نفقة الرهن على الراهن، وكذلك سقي النخل والشجر، فإن أنفق عليه المرتهن فهو متطوع إلا أن يكون بأمر القاضي.. وقال مالك: إذا أنفق المرتهن كان ديناً على الراهن). انظر: المدونة: ٣١٤/٥.

نفقته»^(١)، هذا إنما هو في حق المرتهن، لأن الراهن يجب عليه ذلك شرب أم لم يشرب، ولأن المرتهن مأذون له في مصلحته من طريق الشرع ويحفظه، ومن حفظه الإنفاق عليه، فجرى مجرى ما لو صرح له بذلك.

٩٩١ - مسألة: إذا جنى الرهن على المرتهن فالجناية مضمونة تتعلق برقبة الرهن^(٢)، وقال أبو حنيفة: إن لم يكن في قيمته زيادة على الدين وإلا فهي هدر، وهذا مبني على أصل، وإن الرهن عندنا أمانة وعنده من ضمان المرتهن، فإذا لم يكن فيه زيادة على الدين حصلت لنفسه على نفسه. دليلنا: أنها جناية لو كانت على غير المرتهن لم تهدر، كذلك على المرتهن كما لو كان في قيمته زيادة على قدر الدين.

٩٩٢ - مسألة: إذا جنى الرهن ففداه المرتهن مع غيبة الراهن احتسب به، وبه قال أبو حنيفة^(٣) خلافاً لصاحبه^(٤). دليلنا: أن هذا من مصلحة الرهن، فجرى مجرى من أعار شيئاً ليرهنه ثم أفتكه.

٩٩٣ - مسألة: فإن قتل الرهن فاختر السيد القصاص ومنع المرتهن، فالقول قوله^(٥)، وقال الشافعي: قول المالك^(٦). دليلنا: أن فيه إبطال حق المرتهن فلا

(١) أخرجه الطحاوي في معاني الآثار: ٩٨/٤، وأحمد في مسنده: ٢٢٨/٢، والدارقطني في السنن: ٣٤/٣.

(٢) الكافي: ١٤٩/٢.

(٣) جاء في كشف القناع: ٣٥٧/٣: (وإن فداه أي الجاني مرتتهن بإذن راهن غير متبرع بفدائه رجع به أي بفدائه لأدائه بإذن مالكة.. وإلا بأن لم يكن بإذن مالكة لم يرجع ولو نوى الرجوع، حتى ولو تعذر استئذانه، لأن المالك لم يجب عليه الاقتداء هنا).

(٤) انظر: المبسوط: ١٨٢/٢١.

(٥) جاء في الممتع شرح المقنع: ٢٤٢/٣: (وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فليسده القصاص، فإن اقتصر فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه..).

(٦) جاء في المذهب: ٢٢٥/٣: (إن كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجني عليه برقبته ويقدم على حق المرتهن، لأن حق المجني عليه يقدم على حق المالك).

يملكه الراهن كما لو أراد بيعه ولا يلزم إذا أعتقه، لأننا نمنع منه، فإن فعل ضمناء ومثله هاهنا .

٩٩٤ - مسألة: لا يجوز تخليل الخمرة، فإن خللت لم تحل^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة: تحل^(٣) وعن مالك كالمذهبيين. دليلنا: على أنه لا يباح التخليل ما روى أنس أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام في حجره ورثوا خسرأ فقال: «أهرقها. قال: أفلا نجعلها خلأ. قال: لا»^(٤)، وإذا ثبت هذا قلنا عين محظورة فلا نستبيحها بفعل محظور كالمحرم إذا ذبح صيداً، والدلالة على أنها لا تحل بذلك الفعل أنه مائع يتمول في العادة، فإذا نجس لم يظهر بصنعة آدمي كسائر المائعات.

(١) جاء في المغني: ٥١٧/١٢: (والخمرة إذا فسدت فصيرت خلأ لم تزل عن تحريمها..).

(٢) انظر: المجموع: ٥٨١/٢.

(٣) ذهب أبو حنيفة إلى أن تخليل الخمر جائز. انظر: المبسوط: ٢٢/٢٤.

(٤) أخرجه أنه داود في سننه: ٣٢٦/٣، وأحمد في المسند: ١٨٠/٣، وأبو يعلى في مسنده: ١٠٥/٧.

كتاب الإفلاس والحجر^(١)

٩٩٥ - مسألة : إذا أفلس المشتري بالثمن فالبائع أحق بماله^(٢) بثلاثة شرائط :

أن لا يكون قبض من الثمن شيئاً، وأن تكون السلعة قائمة بعينها، وأن لا يموت المشتري، فإن وجد أحد هذه الخصال فهو كأسوة الغرماء، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : ليس له الفسخ بحال^(٣)، وقال الشافعي : له الفسخ بكل حال^(٤).
دليلنا : على الفسخ، قوله ﷺ في رواية أبي هريرة : أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه ولم يكن قبض من ماله شيئاً فهو له^(٥)، ولأنه مبتاع أفلس بثمن مبيعه ووجده البائع على صفته ولم يتعلق به حق للغير فكان أحق به كما لو كان قبل القبض فإنهم قالوا : يباع ويكون أحق بثمنه من بقية الغرماء، وهاهنا كأسوة الغرماء، والدلالة على أنه إذا مات سقط حقه إنه مذكور في حديث

(١) الحجر : بفتح الحاء وسكون الجيم فهو في اللغة مطلق المنع. انظر : التعريفات، والمصباح مادة (حجر). وشرعاً : المنع من التصرفات المالية. انظر : مغني المحتاج : ١٦٥/٢.
والإفلاس في الشرع يطلق على معنيين :

(أ) أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه.

(ب) أن لا يكون له مال معلوم أصلاً ... انظر : بداية المجتهد : ٨٠/٤.

(٢) جاء في الممتع : ٣٠٥/٣ : (الحكم الثاني : أن من وجد عنده عيناً باعها إياه فهو أحق بها بشرط أن يكون المفلس حياً، ولم ينفذ من ثمنها شيئاً، والسلعة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها، ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن ونحوه).

(٣) انظر : مختصر الطحاوي : ص ٩٥، والقُدوري : ص ٤٤.

(٤) جاء في المذهب : ١١٦/٢ : (وإن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس، ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ووجد عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله). وانظر : الأم : ١٩٩/٣.

(٥) رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب ٧٤، وابن ماجه في كتاب الأحكام، باب ٢٦.

أبي هريرة : « فإن مات المبتاع فالبائع أسوة الغرماء »^(١)، ولأن ملكه زال عن المبيع أشبه إذا باعه، والدلالة على أنه إذا قبض بعض الثمن سقط حقه قوله ﷺ : « ولم يكن اقتضى من ماله شيئاً فهو له »، ولأنه لو رجع ببعض المبيع كان فيه ضرر، والضرر لا يزال بالضرر فيجري مجرى الشفيع إذا طالب ببعض الشفعة دون جميعه.

فصل : فإن تغير المبيع بأن كان حنطة فطحنها، أو غزلاً فنسجه، أو دقيقاً فخبزه سقط الفسخ^(٢) خلافاً للشافعي^(٣) دليلنا : ما تقدم من قوله : فوجده بعينه، ولأن الاسم زال عنه أشبه إذا تلف.

فصل : ويرجع بالنماء المنفصل^(٤)، وقال الشافعي : ذلك للمشتري^(٥) دليلنا : أنه أحد نوعي النماء فيرجع به على المفلس كالمتمصل.

فصل : فإن بذل الغرماء للبائع الثمن، لم يلزمه قبوله، وبه قال الشافعي^(٦)

- (١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع: ٢٨٧/٣ حديث رقم (٣٥٢٢).
- (٢) جاء في الممتع: ٣٠٨/٣: (ورابعها: أن لا يغير صفة السلعة بما يزيل إسمها، فإن غير صفتها بما يزيل اسمها كغزل نسج، ودقيق خبز، وحنطة طحنت، وزيت عمل صابوناً، وثوب فصل قميصاً ونحو ذلك لم يكن البائع أحق به، لأنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف، ولأنه تغير اسم المبيع وصفته فلم يملك الرجوع).
- (٣) جاء في المذهب: ١٢١/٢: (وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري أو ثوباً فقصره ثم أفلس، نظرت: (أ) فإن كان لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع، رجع فيه، ولا يكون المشتري شريكاً له بقدر عمله.
- (ب) وإن زادت قيمته ففيه قولان: أحدهما: أن البائع يرجع ولا يكون المشتري شريكاً. والثاني: يكون شريكاً).
- (٤) جاء في المستوعب: ٢٦٠/٢: (وإن حدث للبيع نماء منفصل كالولد والثمرة والكتب لم يمنع الرجوع ويكون النماء للبائع)، قاله في رواية حنبل، واختاره أبو بكر في التنبيه.
- (٥) انظر: المذهب للشيрази: ٢٥٩/٣.
- (٦) جاء في حلية العلماء: ٦٢٣/٢: (فإن بذل الغرماء له الثمن لترك الرجوع في عين ماله لم يلزمه قبول ذلك. وقال مالك: يلزمه قبول ذلك). انظر: الكافي لابن قدامة: ١٧٥/٢.

خلافاً لمالك. دليلنا: ما تقدم من الخبر وهو عام، ولأن من ثبت له حق الفسخ لم يسقط ببذل غيره كالزوجة إذا بذل لها غير الزوج النفقة.

٩٩٦- مسألة: إذا امتنع المفلس من قضاء دينه، حجر الحاكم عليه وباع أمواله وقضى دينه، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة: لا يحجر، ولا يبيع عليه لكن يحبسه حتى يقضى دينه.^(٢) دليلنا: ما روي «أن معاذاً كثر دينه على عهد رسول الله ﷺ فلم يزد غرماءه أن جعل ماله لهم»^(٣)، ولأن كل ما وجب بيعه في حق الميت بيع في حق الحي كائتمان.

٩٩٧- مسألة: المحجور عليه بفلس ينفذ عتقه^(٤)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لمالك، وعن الشافعي كالْمذهبين. دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس في عتق الراهن.

٩٩٨- مسألة: الإفلاس لا يوجب حلول الديون المؤجلة^(٥) خلافاً لمالك^(٦) وأحد قولي الشافعي. دليلنا: أن من كان دينه مؤجل كمن لا دين له، لأنه لا يمكن

(١) جاء في الكافي: ١٦٩/٢: (فإن كان ماله لا يفي بدينه، فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه، لزمته إجابتهم لما روى كعب بن مالك: أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ، وباع ماله، ولأن فيه دفعاً للضرر عن الغرماء، فلزم ذلك كفضائهم).

(٢) ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز الحجر على الحر البالغ، لأن الحرية والبلوغ سبب لزوال الحجر، فلو قلنا بأن يحجر عليه، لسلب الولاية التي أثبتتها الشرع). انظر: بدائع الصنائع: ٤٦٤/٩، والدر المختار: ١٤٨/٦، ومختصر الطحاوي: ص ٩٧.

(٣) انظر: سنن الدارقطني: ٢٣٠/٤، والحاكم في المستدرک: ١١٣/٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٤٨/٦.

(٤) جاء في الممتع: ٣٠٢/٣: (وتعلق حق الغرماء بماله فلا يقبل إقراره عليه ولا يصح تصرفه فيه إلا العتق على إحدى الروايتين.. لأن للشارع تشوقاً إلى العتق). وانظر المستوعب: ٢٥٧/٢.

(٥) جاء في الكافي: ١٦٧/٢: (ومن لزمه دين مؤجل لم يجز مطالبته به، لأنه لا يلزمه أدائه قبل أجله ولا يجوز الحجر عليه)، وانظر: مغني المحتاج: ١٤٧/٢.

(٦) انظر: الشرح الصغير: ٣٥٢/٣، وبداية المجتهد: ٢٨٢/٢.

المطالبة به في الحال، فصار كالأجنب.

فصل : وكذلك الموت في إحدى الروايتين ، وبه قال طاووس وهي اختيار الخرقى، وفيه رواية أخرى : الديون تحل بالموت^(١)، وبه قال أكثرهم وجه الأولى: إنه أحد الدينين فلا يحل بموته كالدين الذي له.

٩٩٩ - مسألة : وتؤجر منافع المفلس في قضاء دينه خلافاً لإحدى الروايتين وأكثرهم. دليلنا: ما روي عن سراقه قال : كان لرجل عليّ مال أو دين، فذهب بي إلى النبي ﷺ فلم يصب لي مال فباعني منه، أو قال له ومعناه منافعة، لأن عينه لا تباع، ولأنه عقد معاوضة محضة فأجبر عليه كالبيع وكمنافع أم ولده.

١٠٠٠ - مسألة : ولا يباع عليه ما لا غنى له عنه كعبدته الذي يحتاج إلى خدمته، وداره التي يسكنها^(٢)، وقال الشافعي : يباع.^(٣) دليلنا: أنه مما تدعو الحاجة إليه أشبه ثياب بدنه.

١٠٠١ - مسألة : تسمع البينة على الإعسار قبل الحبس^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ : « البينة على المدعي »^(٦)، ولأنها بينة تسمع بعد الحبس فسمعت قبله كالبينة بقضاء الدين.

(١) جاء في الروض المربع: ص ٣٠٢: (ولا يحل دين مؤجل بفلس مدين، لأن الأجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر الحقوق ولا يحل مؤجل أيضاً بموت مدين).

(٢) جاء في الممتع: ٣١٦/٣: (ويترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن وخادم وينفق عليه بالمعروف ، لأن ذلك ما لا غنى له عنه، فلم يبيع في دينه كتيابه وقوته).

(٣) جاء في المذهب: ١١٦/٦: (ولا تترك له دار ولا خادم، لأنه يمكنه أن يكتري داراً يسكنها وخادماً يخدمه، وإن كان له كسب جمعات نفقته في كسبه، لأنه لا فائدة في إخراج ماله في نفقته وهم يكتب ما بنفق).

(٤) جاء في المستوعب: ٢٦٧/٢: (تسمع البينة على الإعمار قبل الحبس وبعده ولو بيوم، ولا يجوز حبسه بعد ثبوت عسرته، أو باعتراف صاحب الحق بعسرته).

(٥) انظر: المذهب: ٢٤٥/٣.

(٦) سبق تخريجه في المسألة رقم (٩٨٨).

١٠٠٢ - مسألة: إذا أقام المفلس البينة بإعساره لم يستحلف، وبه قال أبو حنيفة^(١)، وقال الشافعي: يستحلف إذا طلب ذلك الغرماء.^(٢) دليلنا: أنه أقام البينة على ما يدعيه فلا يستحلف عليه كما لو أقامها على ملك.

١٠٠٣ - مسألة: إذا ثبت عند الحاكم إعساره فأخرجه، لم يكن للغرماء ملازمته - يعني يمشون معه يقفون على تصرفاته، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه دين لا يملك المطالبة به فلا يلزم به دليله المؤجل.

١٠٠٤ - مسألة: إذا حجر عليه دفعتين ثم وجد له مال، فالغرماء فيه سواء، وقال مالك: غرماء الحجر الثاني أحق بما وجد.^(٤) دليلنا: أنهم تساوا في ثبوت حقوقهم أشبه غرماء الحجر الواحد.

١٠٠٥ - مسألة: الإنابات^(٥) علامة على البلوغ، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة والشافعي، إلا أن الشافعي سلمه في حق الكفار قولاً واحداً، وفي حق المسلمين على قولين. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه حكم سعداً في بني قريظة فكان يكشف عن مؤثرهم، فمن أنبت قتله، ومن لم ينبت طرحه في الذراري، فقال: «لقد حكمت بحكم الله من فوق سبع سماواته»^(٥). وروي عن

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات ٢/٢٧٦: (ولا يحلف المدين معها أي مع البينة الشاهدة بإعساره لما فيه من تكذيب البينة).

(٢) جاء في المذهب: ١١٢/٢: (فإن ادعى الإعسار نظرت، فإن لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم المال، فإن عرف له مال لم يقبل قوله بأنه معسر إلا ببينة، فإن حلفوه حلف، لأن ما يدعيه محتمل).

(٣) انظر: كشف القناع: ٤٢٢/٣ وما بعدها.

(٤) وأما الإنابات فهو الشعر الخشن الذي ينبت على العانة، وهو بلوغ في حق الكافر.. وهل هو بلوغ في نفسه أو دلالة على البلوغ، فيه قولان: أحدهما: أنه بلوغ فعلى هذا هو بلوغ في حق المسلم، لأن ما كان بلوغاً في حق الكافر كان بلوغاً في حق المسلم كلاحتمال السنن. والثاني: أنه دلالة على البلوغ. انظر: المذهب: ١٣٠/٢.

(٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى: ١٨٥/٥، وابن ماجه في سننه: ٨٤٩/٢.

كعب القرظي قال: «عرضت على رسول الله ﷺ في يوم قريظة فشكوا فيّ، فأمر النبي ﷺ أن ينظر إليّ هل أنبت أم لا ؟ فنظروا فلم أكن أنبت فخلي عني»^(١)، ولأنه معنى يوجد عند البلوغ غالباً ويشترك فيه الذكر والأنثى أشبه الإنزال، والأنبات في حق الكافر.

١٠٠٦ - مسألة: حد البلوغ^(٢) بالسنة خمسة عشر سنة، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في حق الجارية سبعة عشر، وفي حق الغلام ثمانية عشر، وروي : تسعة عشر. قال أصحابه : من كمل له ثمانية عشر ودخل في التاسعة عشر فتكون المسألة رواية واحدة. دليلنا: ما روي عن ابن عمر قال : «عرضت على رسول الله ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشر سنة، فلم يجزني ولم يرني بلغت، ثم عرضت يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشر فأجازني»^(٣)، ولأن الخامسة عشر طهر تام بإجماع أشبه التسعة عشر.

١٠٠٧ - مسألة: إذا بلغ الغلام رشيداً في ماله دفع إليه، وبه قال أكثرهم^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في سننه: ١٤١/٤، والترمذي في جامعه: ١٤٥/٤.

(٢) هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء على النحو التالي:

(أ) ذهب الحنفية إلى أن سن البلوغ للفتى ثمان عشرة سنة، وقيل حتى يستكمل تسع عشرة سنة، والفتاة بتمام سبعة عشر سنة، وبالطعن في الثامنة عشر، لأن الناس يتفاوتون في البلوغ، فقد يبلغ الصبي خمسة عشر سنة أو أقل أو أكثر فأخذنا فيه بالأكثر احتياطاً. انظر: بدائع الصنائع: ٤٤٧٠/٩.

(ب) بينما ذهب الشافعية والحنابلة ومن معهم سن البلوغ هو خمس عشرة سنة، لأن الأمر يبنى على الغالب.. والغالب في زماننا هو بلوغ الصبي لخمس عشرة أو بأقل من ذلك فوجب أن يحكم بالبلوغ). انظر: المهذب: ١٣٠/٢، والكافي لابن قدامة: ١٩٣/٢.

(٣) أخرجه البخاري في باب بلوغ الصبيان. انظر: صحيح البخاري: ٢٣٢/٣، وأخرجه أبو داود في باب الغلام يصيب الحد: ٤٥٣/٢، وابن ماجه: ٨٥٠/٢ حديث رقم ٢٥٤٣، والإمام أحمد في مسنده: ١٧/٦.

(٤) جاء في المغني: ٥٩٤/٧ وما بعدها: (في وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إذا رشد وبلغ لقوله تعالى: «وَابْتَغُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» سورة النساء: الآية: ٦، ولأن الحجر عليه إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لماله عليه).

وقال الشافعي : يحتاج إلى الرشد في ماله ودينه. دليلنا : أن الله ذكر رشداً منكراً بقوله : ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رَشْدًا﴾^(١)، فاقترضى أدنى ما يقع عليه الاسم، ولأنه رشيد في ماله أشبه الرشيد في دينه أيضاً.

١٠٠٨ - مسألة : إذا بلغ مبذراً لم يدفع إليه ماله ولا تصح تصرفاته ولا إقراره، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة : لا يدفع إليه ماله قبل الخمسة وعشرين سنة، لكنه إن تصرف نفذت تصرفاته. دليلنا : قوله تعالى : ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رَشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ﴾^(٣)، وهذا لم يؤنس منه رشداً، ولأن ما منع من دفع المال إليه قبل الخمسة وعشرين منع بعدها كالجنون، لأنه ممنوع من التصرف لأجل التبذير، فلا يصح تصرفه كقبل البلوغ.

١٠٠٩ - مسألة : يبتدأ الحجر على البالغ إذا طرأ عليه التبذير، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة.^(٥) دليلنا : أنه معنى لو قارن منع التصرف، كذلك الطارئ كالجنون.

١٠١٠ - مسألة : لا يفك الحجر عن الجارية بنفس البلوغ حتى تتزوج وتلد ولداً،

(١) سورة النساء : الآية رقم : ٦.

(٢) جاء في الكافي : ١٩٦/٢ : (ومن لم يؤنس منه الرشد، لم يدفع إليه ماله، ولم ينفك الحجر عنه وإن صار شيخاً للآية، ولأنه غير مصلح لماله فلم يدفع إليه كالمجنون). وجاء في المستوعب : ٢٧٠/٢ : (ومن بلغ مبذراً لماله غير رشيد فيه لم يسلم إليه ماله إلا بعد إناس رشده...).

(٣) سورة النساء : الآية رقم : ٦.

(٤) جاء في المغني : ٦٠٩/٧ : (إن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلغه ودفع إليه ماله، ثم عاد إلى السفه أعيد عليه الحجر... وقال أبو حنيفة : لا يبتدأ الحجر على بائع عاقل وتصرفاته نافذه).

(٥) انظر : البدائع : ١٧١/٧، وتبيين الحقائق : ١٩٥/٥، واللباب : ٦٩/٢.

أو يحول عليها الحول في بيته^(١)، وقال مالك : حتى تتزوج^(٢)، وقال أكثرهم : هي كالغلام، وهو ظاهر كلام الخرقى. دليلنا : ما روى شريح أنه قال : (عهد إليّ عمر أن لا أجزى لجارية عطية حتى تحيل في بيت زوجها حولاً، أو تلد ولداً)، ولا يعرف له مخالف فيصير كالإجماع، ولأنها حالة تنكح فيها بغير إذنها أشبه قبل البلوغ.

١٠١١ - مسألة : لا يجوز للمرأة أن تتصرف في الزائد على ثلثها بغير عوض إلا بإذن زوجها، وبه قال مالك خلافاً لإحدى الروایتين ولأكثرهم^(٣). دليلنا : ما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال : «لا يجوز للمرأة عطية في مالها حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعباً؟ قالت: نعم. فأنفذ إليه هل أذنت لها؟ فقال : نعم. فقبله»^(٤)، ولأن الزوج تعلق بمالها لأنها قد تنظره بنفقتها عند يسارها ولا تنظره عند الإعسار، ولأنه ينتفع بمتاع بيتها فجرى مجرى المريض مع ورثته.

١٠١٢ - مسألة : إذا أقر المحجور عليه لسفه بدين اتبع به إذا فك عنه الحجر

(١) جاء في الممتع: ٣/٣٣٠: (وعنه لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة لما رواه شريح أنه قال: (عهد إلي عمر بن الخطاب أن لا أجزى لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها سنة أو تلد ولداً)، ولم يعرف له مخالف فكان إجماعاً).

(٢) انظر: الشرح الكبير والدسوقي: ٣/٢٩٦، وبداية المجتهد: ٢/٢٧٧.

(٣) جاء في الكافي: ٢/٢٠٠: (هل للمرأة التبرع من مالها بغير إذن زوجها؟ فيه روايتان إحداهما: لها ذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، وعنه لا تهب شيئاً إلا بأذن زوجها ولا ينفذ عتقها.. وقال أصحابنا : لها التبرع بالثلث فما دون، وما زاد فعلى روايتين)، وانظر: الشرح الكبير: ٣/٣٠٧، والشرح الصغير: ٣/٤٠٢، وكشاف القناع: ٣/٤٠٥.

(٤) أخرجه ابن ماجه في باب عطية المرأة بغير إذن زوجها: ٢/٧٩٨.

على ظاهر كلام الخرقى^(١)، وقال الشافعي : الإقرار باطل.^(٢) دليلنا : أنه مكلف أشبه غير المحجور عليه.

١٠١٣ - مسألة : إذا بلغ الغلام رشيداً انفك عنه الحجر^(٣)، وقال مالك والشافعي في إحدى قوليه : لا ينفك عنه إلا بحكم حاكم.^(٤) دليلنا : أن الحجر لا يحتاج إلى حكم حاكم فلا يحتاج في فكه إلى حكم حاكم كالْحجر بالجنون، وهذا لا يسلمه مالك.

(١) جاء في الكافي : ١٩٧/٢ : (وإن أقر بمال لم يلزمه حال حجره، لأنه حجر عليه لحظة فلم يقبل إقراره بالمال كالصبي والمجنون، ولأن قبول إقراره يبطل معنى الحجر، لأنه يداين الناس ويقر لهم، وقال أصحابنا: ويلزمه ما أقر به بعد فله الحجر عنه كالمفلس...).

(٢) انظر : المذهب : ١٣٣/٢.

(٣) جاء في المستع : ٣٢٥/٣ : (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشداً انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما مالهما، لأنه حجر عليه بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه).

(٤) جاء في المذهب : ١٣٢/٢ : (وإن بلغ مصلحاً نلدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى : ﴿فَإِنْ أُنْسَتْ مِنْهُمْ رُسُودُهُمْ فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ ، وهل يفتقر فك الحجر إلى الحاكم ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يفتقر إلى حاكم، لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالْحجر على المجنون. والثاني : أنه يفتقر إلى الحاكم، لأنه يحتاج إلى نظر واختيار، فافتقر إلى الحاكم كنسك الحجر عن السفیه)، وانظر : الشرح الكبير : ٣٤٨/٣.

كتاب الصلح^(١)

١٠١٤ - مسألة: يصح الصلح على الإنكار^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٣). دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَالصَّلَاحُ خَيْرٌ﴾^(٤)، وقوله ﷺ: «الصلح بين المسلمين جائز»^(٥)، ولأن الصلح مع الإنكار صلح مع أحد جوابي الدعوى، أشبه الصلح مع الإقرار، ومن صلح صلحه مع الإقرار صلح مع الإنكار كصلح الأجنبي.

فصل: ويصح عن المجهول^(٦)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٧). دليلنا:

(١) الصلح: لغة: قطع المنازعة وهو ضد الفساد، يقال: صلح الشيء إذا زال عنه الفساد .. انظر: المصباح المنير مادة (صلح).

وشرعاً: معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين متخاصمين. انظر: الروض المربع: ص ٢٩٦.
(٢) صورة الإنكار: كأن يدعي شخص علي آخر بشيء معين، فينكر المدعى عليه ثم يقول للمدعي: صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك.

(٣) هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء.. ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الصلح عن الإنكار جائز لقنطريته للخصومة والشغب، بينما يرى الشافعي: أن الصلح عن الإنكار غير جائز لقول الرسول ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً فهو غير جائز». انظر: بدائع الصنائع: ٣٩٧/٧، ومختصر الطحاوي: ص ٩٨، ونهاية المحتاج: ٣٨٧/٣.

(٤) سورة النساء: الآية رقم: ١٢٨.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٦٣/٦، والحاكم في المستدرک: ٤٦/٢، والترمذي في نظر عارضة الأحوذی: ١٠٤/٦، وأخرجه ابن ماجه في سننه: ٧٨٨/٢، وأبو داود في سننه: ٢٧٣/٢، والإمام أحمد في المسند: ٣٦٦/٣.

(٦) جاء في المغني: ٢٢/٧: (ويصح الصلح عن المجهول سواء كان غنياً أم ديناً أن كان ما لا سبيل إلى معرفته، قال أحمد في الرجل يصلح على الشيء، فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه عليه إلا أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو).

(٧) انظر: حاشية ابن عابدين: ٦٢٨/٥، والبحر الرائق: ٢٥٧/٧، والوجيز: ١٨٣/١، والكافي: ٢٠٧/٢. البدائع: ٤٩/٦، ونبين الحقائق: ٣٢/٥، والدر المختار: ٤٩٣/٤.

قوله ﷺ في نفسين اختصما في مواريث قد درست « استهما وتوخيا وليحل كل واحد منكما صاحبه »^(١)، ولأنه إسقاط حق فصح في المجهول كالطلاق والعناق.

١٠١٥ - مسألة : إذا أتلّف عبد يساوي مائة فصالحه على مائة وعشرة، لم يجز^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن بالإتلاف ثبت له مائة بدلالة أن له المطالبة بها، ومن ثبت له لا يصلح على زيادة عليها كالقرض والتمن ونحوهما.

فصل : فإن صالحه على مائة مؤجلة لم يصح، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: أنه بيع دين بدين أشبه إذا صالحه بمكيل نساء.

١٠١٦ - مسألة : إذا صالحه عن دم العمد على عبد فخرج حراً رجع إلى قيمته^(٤)، وقال أبو حنيفة^(٥) : إلى الدية ووافقنا صاحباه، وأصل هذه المسألة إذا زوجها على عبد فخرج حراً عندنا ترجع إلى قيمته، وقال أبو حنيفة : إلى مهر مثله.

(١) أخرجه أبو داود في باب قضاء القاضي إذا أخطأ. انظر: سنن أبي داود: ٢٧١/٢، والإمام أحمد في المسند: ٣٢٠/٦.

(٢) جاء في المستوعب: ٢٤٣/٢ : (وإذا أتلّف عليه عبداً قيمته مائة فصالحه على مائة وعشرة لم يصح الصلح).

(٣) جاء في المستوعب: ٢٤٣/٢ : (وإن صالحه على مائة مؤجلة فقال القاضي في الجامع الصغير: لا يصح الصلح)، والمغني لابن قدامة: ٢١/٧. وانظر: المبدع: ٢٨٤/٤، والتاج والإكليل: ٨١/٥، وبدائع الصنائع: ٤٦/٦.

(٤) جاء في المغني: ٢٥/٧ : (ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيمته في قولهم جميعاً، وإن خرج حراً فكذلك. وقال أبو حنيفة: يرجع بالدية). وجاء في المستوعب: ٢٤٣/٢ : (ويصح الصلح عن دم العمد بما يزيد على قدر الدية أو ينقص عنها، ولا يصح عن قتل الخطأ، فإن صالح عن دم العمد على عبد بعينه فإذا هو حر فعليه قيمته لو كان عبداً).

(٥) انظر: تحفة الفقهاء: ٢٦٠/٣.

١٠١٧- مسألة: لا يجوز إخراج الميازيب والطلال والأجنحة إلى الطريق الأعظم^(١) خلافاً لأكثرهم، إلا أن أبا حنيفة قال: إن أزالها مزيل فلا ضمان عليه. دليلنا: أن عمر أزال ميزاب دار العباس، فلما بلغه أن النبي ﷺ أذن فيه أعاده^(٢)، فدل على أنه إذا لم يأذن فيه الإمام لا يجوز، ولأنه هواء مشترك أشبه إذا كان في زقاق لا ينفذ.

١٠١٨- مسألة: لا ترجح الدعوى بوجوه الآجر ومعاهد القمط، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لمالك ولأبي يوسف. دليلنا: أنه يراد للزينة فهو كالجص والتزويق.

فصل: ولا ترجح بالطروح، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ترجح بالثلاثة أجذاع فأكثر. دليلنا: ما تقدم من أنه يمكن إحداثه في الحائط بعد كمال البناء أشبه الجص والنورة والجذع والأشنان.

١٠١٩- مسألة: إذا اختلف صاحب العلو والسفل في السقف فهو بينهما^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أكثرهم: هو لصاحب السفلى وللأعلى حق الانتفاع

(١) جاء في الكافي: ١٤٢/٢: (ولا يجوز أن يشرع إلى الطريق النافذ جناحاً وهو الروشن، ولا ميازيباً لأنه يضر بالمارة أشبه ببناء بيت، ولا يباح ذلك بإذن الإمام، لأنه ليس له الإذن فيما يضر بالمسلمين، وسواء أضر في الحال أو لم يضر، لأن هذا يراد للدوام).
(٢) انظر: المستدرک: ٣٣١/٣، وأخرجه البيهقي في باب نصب الميزاب، انظر: السنن الكبرى: ٦٦٦.

(٣) انظر تفصيل هذه المسألة في المغني: ٤١/٧-٤٦. وجاء في المستوعب: ٢٥٥/٢: (وكذلك لا يرجح بوجوه الآجر والتجعيص والتزويق ومعاهد القمط في الحص).

(٤) جاء في المستوعب: ٢٥٦/٢: (وإن تنازعا في السقف حلفا وجعل بينهما).

(٥) جاء في المذهب: ١٤٢/٢: (وأما السقف فهو بينهما وما يتفق عليه فهو من مالهما). انظر: حلية العلماء: ٦٣٧/٢.

فقط.^(١) دأيلنا: أنه حاجز بين ملكيهما غير متصل بين أحدهما اتصال بنيان فهو كالحائط بين الدارين.

١٠٢٠ - مسألة: يجوز للجار أن يضع خشبة على جدار جاره، وكذلك في الحائط المشترك بشرط أن لا يضر بالحائط ولا يجد بداً من ذلك، وإن امتنع أجبره الحاكم^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣) في القديم - إلا أنه قال: لا يجبره الحاكم عليه، وقال في الجديد: ليس له ذلك، وبه قال أكثرهم. دأيلنا: ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤)، وللجار أن يضع خشبة على جدار جاره^(٥)، ولأنه مما به حاجة إليه، ولا يستضر به جاره أشبه الاستئلال بحائطه، ولأنه مما يمكن إحداثه في الحائط بعد كمال البناء، فلا يمنع منه الشريك كالجص والنورة.

١٠٢١ - مسألة: إذا كان العلو لرجل وآخر السفلى واستهدم، أجبر صاحب السفلى على البناء، وهكذا الحائط المشترك، والنهر، والقناة، والدولاب،

(١) وقال أبو حنيفة: (هو لصاحب السفلى مع يمينه .. وحكي عن مالك أنه قال: هو لصاحب العلو). انظر: حلية العلماء: ٦٣٧/٢.

(٢) جاء في الروض المربع: ص ٢٠٠: (وليس له وضع خشبة على حائط جاره أو حائط مشترك إلا عند الضرورة، فيجوز إذا لم يمكنه التسقيف إلا به ولا ضرر، لحديث أبي هريرة: (لا يمنع جار جاره أن يضع خشبة على جداره).

(٣) جاء في المذهب: ١٣٩/٢: (وفي وضع الجدوع على حائط الجار والحائط الذي بينه وبين شريكه قولان: قال في القديم: يجوز، فإن امتنع الجار أو الشريك أجبر إذا كان الجدع خفيفاً لا يضر بالحائط ولا يقدر على التسقيف إلا به، وقال في الجديد: لا يجوز بغير إذن، وهو الصحيح).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٥٧/٦، والدارقطني في السنن: ٢٢٧/٤، وابن ماجه في السنن: ٧٨٤/٢، والإمام مالك في الموطأ: ٧٤٥/٢.

(٥) أخرجه البخاري في باب لا يمنع جاره أن يفرز خشبة في جداره. انظر: صحيح البخاري: ٧٣/٣، وأخرجه مسلم: ١٢٣٠/٣.

ونحو ذلك^(١)، وفيه رواية أخرى : لا يجبر، ويقال لأحدهما : أنفق وامنع الآخر من الانتفاع حتى يدفع حصته من النفقة، وقال أبو حنيفة في الحائط والعلو مع السفل كهذه الرواية الثانية، وفي بقية المسائل كالرواية الأولى. وقال مالك : فيما عدا الحائط يجبر على الإنفاق رواية واحدة، وفي الحائط روايتان، وعن الشافعي قولان : القديم كالرواية الأولى، والجديد كالثانية - إلا أنه قال : يكون المنفق متطوعاً ولا يمنع الشريك من الانتفاع.^(٢) دليلنا : أنه إنفاق على ملك يتعلق به إزالة الضرر عن الشريك أشبه الإنفاق على العبد المشترك.

فصل : إذا قلنا بالرواية الأخرى فانفق بما يرجع على شريكه على روايتين إحداهما : بقيمة البناء، والثانية : بما أنفق. وعن أبي حنيفة كالروايتين. دليلنا : أن البناء على ملكه إلى حين يأتي الشريك فيبذل النفقة فيجب أن يكون له قيمتها كالشفيع إذا انتزع الملك، وقد أحدث فيه بنياناً.

١٠٢٢ - مسألة : إذا كان أحد السطحين أعلى من الآخر، فعلى مالكة التزام مؤونة السترة^(٣)، وقال أكثرهم : لا يلزمه ذلك. دليلنا : قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(٤)، وفي هذا ضرر، لأنه يمنع جاره من التصرف والتبسط في ملكه، فيجب أن تكون المؤونة عليه، ولأنه لو جعل داره مقصورة حتى تهتري حيطان الدار منع، كذلك هاهنا.

(١) انظر : الكافي : ٢١٥/٢ وما بعدها.

(٢) لقد لخص صاحب المغني هذه المسألة بقوله : (فإن كان السفلى لرجل والعلو لآخر، فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع، فهل يجبر الممتنع عن ذلك؟ على روايتين كالحائط، وللشافعي قولان كالروايتين.. انظر : المغني : ٤٥/٧).

(٣) جاء في الكافي : ٢١٧/٢ : (وإن كان له سطح أعلى من سطح جاره، فعلى الأعلى بناء سترة بين ملكيهما، ليدفع عنه ضرر نظره إذا صعد سطحه)، كشف القناع : ٤١٠/٣.

(٤) تقدم تخريجه في المسألة رقم (١٠٢٠).

١٠٢٣ - مسألة: يمنع الإنسان من التصرف في ملكه على وجه يضر بجاره كجعل داره حماماً أو مقصرة، أو نحو ذلك^(١)، وكذلك إذا حفر بئراً جنب بئر جاره فنضب مائها، وقال أكثرهم: لا يمنع. دليلنا: قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». ويروى: ولا إضرار، ولأنه لو أضر بالملك نحو أن يضرم في داره ناراً تحرق دار جاره، أو يدق بحيث تهتز الحيطان لم يجر، كذلك إذا أضر بالمالك بالدخان ونحوه.^(٢)

(١) جاء في كشف القناع: ٤٠٨/٣: (ويحرم على الجار إحداث شيء في منكه يضر بجاره). انظر: الكافي: ٢/٢١٧.

(٢) الإسلام وإن كان أقر الملكية الخاصة للأفراد، إلا أنه قيدها بقيود من أهمها أن لا يتصرف فيها تصرفاً يضر بالآخرين. فقد جاء في المغني: ٥٢/٧: (وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفاً يضر بجاره؛ نحو أن يبني حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين... وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة. وعن أحمد رواية أخرى: لا يمنع، وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة، لأنه تصرف في ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره، فلم يمنع منه).

كتاب الحوالة^(١) والضمان

١٠٢٤ - مسألة: لا يعتبر رضا المحتال^(٢) خلافاً لأكثرهم^(٣). دليلنا: قوله ﷺ: «من أحيل على ملىء فليحتل»^(٤)، وهذا أمر فهو على الوجوب، ولأنه قابل في عقد الحوالة أشبه المحال عليه على الشافعي.

فصل: ولا يعتبر رضا المحال عليه^(٥) خلافاً لأبي حنيفة^(٦)، وقال مالك:

(١) الحوالة: بفتح الحاء مشتقة من التحول بمعنى الانتقال. انظر: المقرب، المصباح، التعريفات مادة (حال) .. وسميت بالحوالة، لأنها تحول الحق من ذمة إلى ذمة أخرى. انظر: كشف القناع: ٣٨٢/٣.

وشرعاً: نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال إليه. انظر: مغني المحتاج: ١٩٣/٢، التذكرة في الفقه الشافعي: ص ٩٤.

(٢) جاء في الممتع: ٢٦٨/٣: (ولا يعتبر رضا المحال عليه، ولا رضا المحتال إن كان المحال إليه مليئاً، وأما كون رضى المحتال لا يعتبر إذا كان المحال عليه مليئاً لقول النبي ﷺ: «إذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبّع»). وجاء في المغني: ٥٦٧/٧: (وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما).

(٣) جاء في بداية المجتهد: ١٩/٤: (فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال، والمحال عليه، فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك. ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً. ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه، وهو نقيض مذهب مالك).

وجاء في المذهب: ١٤٤/٢: (ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال، لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عينا).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده: ٤٦٣/٢، والحاثر في المسند: ٥٠٦/١.

(٥) جاء في الكافي: ٢٥١/٢: (ولا يعتبر رضا المحال عليه، لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله).

(٦) جاء في حلية العلماء: ٦٧١/٢: (وهل يعتبر رضا المحال عليه إذا كان عليه حق .. فيه وجهان: أحدهما: لا يعتبر رضاه. وقال المزني وأبو سعيد الاصطخري: يعتبر رضاه، وهو قول أبي حنيفة).

لا يلزمه إذا كان المحتال عدواً للمحال عليه، ووافقنا الشافعي. دليلنا: أن المحال قائم مقام المحيل، ثم ذلك يأخذ بغير رضا، كذلك من قام مقامه وجرى مجرى وكيله.

١٠٢٥ - مسألة: إذا توى المال على المحال عليه لم يرجع على المحيل، وذلك بأن يكون مفلساً، أو يجحد ويحلف، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة: يرجع^(٢)، وقال مالك: إن كان الإفلاس موجود عند الحوالة رجع، وإن طراً فلا كالغيب^(٣). دليلنا: أنه حق تحول بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال إليه، فإذا تعذر لم يرجع كما لو أفلس ولم يمت، أو طراً الإفلاس بعد الحوالة.

- (١) جاء في المذهب: ١٤٥/٢: (وإن أحاله على ملئ فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع إلى المحيل، لأنه انتقل حقه إلى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع).
- (٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٤٧/٣: (ثم ليس للمحتال له أن يرجع على المحيل إلا إذا توى ما على المحتال عليه، وذلك بطريقين عند أبي حنيفة: بأن يموت المحتال عليه مفلساً، أو يجحد المحتال عليه الحوالة، ويحلف).
- (٣) جاء في بداية المجتهد: ١٠٣/٤: (وأما أحكامها فإن جمهور الفقهاء على أن الحوالة ضد الحمالة، في أنه إذا أفلس المحال عليه، لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء. قال مالك وأصحابه: إلا أن يكون المحيل غرة فأحاله على عديم، وقال أبو حنيفة: يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلساً، أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بينة، وبه قال شريح وعثمان البيتي وجماعة. وسبب اختلافهم: مشابهة الحوالة للحمالة).

مسائل الضمان^(١)

١٠٢٦ - مسألة: يصح الضمان بغير قبول الطالب ورضاه، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا إذا كان صاحب الحق غائباً والذي عليه مريضاً فيضمنه بعض ورثته. دليلنا: ما روى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ: «أتى بجنائز. فلما وضعت قال: عليه دين؟ قالوا: نعم. فتنحى رسول الله ﷺ. فقال علي: يارسول الله أنا ضامن للدين. فقال له: فك الله رهانك كما فككت رهانه»^(٣)، ولأنه عقد ضمان أشبه ضمان بعض الورثة لدين المريض.

١٠٢٧ - مسألة: الضمان لا ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود.^(٤) دليلنا: قوله ﷺ لأبي قتادة لما ضمن عن ميت دينه وقضاه: «الآن بردت عليه جلده»^(٥)، ولم يقل كذلك وقت الضمان، ولأنها وثيقة فلا تنقل كالشهادة والرهن.

فصل: ويطالب المضمون له من شاء منهما، وبه قال أكثرهم^(٦)، وقال مالك

(١) **الضمان**: مصدر ضمنه أضمنه ضماناً إذا كفلته فأنا ضامن وضمين. والضمان بمعنى الكفالة، يقال: ضامن وضمين وكافل وكفيل. انظر: المصباح المنير مادة (ضمن).
وشرعاً: التزام من يصح تبرعه. شرح منتهى الإرادات: ٢٤٥/٢.
ولقد عرفه ابن قدامة: «بأنه ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق». انظر المغني: ٧١/٧.

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٤٧/٢: (ولا يعتبر رضا من ضمن أي المضمون عنه، لأن أبا قتادة ضمن الميت في الدنيا دين، وأقر الشارع، ولا يعتبر رضا المضمون له، لأنه وثيقة لا يعتبر لها قبض فلم يعتبر لها رضا كالشهادة).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه: ٧٨/٣، والبيهقي في السنن: ٧٣/٦، كتاب الضمان، والإمام أحمد في المسند: ٤٧/٤، والنسائي: ٥٣/٤.

(٤) جاء في المستوعب: ٢٢١/٢: (ولا ينقل الحق إلى الضامن ولا يبرئ به المضمون عنه).

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٣٣٠/٣.

(٦) جاء في المغني: ٨٦/٧: (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، وحكي عن مالك في إحدى الروايتين أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر مطالبة المضمون عنه، لأنه وثيقة).

في إحدى الروايتين: لا يطالب الضامن مع قدرته على مطالبة مضمون عنه. دليلنا: أن الحق تعلق بهما فهما كالضامنين.

فصل: فإن ضمن بغير إذن رجع به على المضمون عنه^(١)، وهي اختيار الخرقى، وبه قال مالك. وفيه رواية أخرى: لا يرجع، وبه قال أكثرهم وجه الأولى: أنه قضى حقاً واجباً عليه وهو مما تصح فيه النيابة فرجع به كما لو أذن له.

١٠٢٨ - مسألة: يصح ضمان المجهول وما لم يجب، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعي^(٣). دليلنا: أنه إثبات مال في الذمة بغير معاوضة فصح مجهول كالإقرار له، ولأنه يصح تعلقه بغير وخطر ويريد به ضمان الدرك^(٤) فصح في المجهول كالطلاق والعناق.

١٠٢٩ - مسألة: يصح ضمان دين الميت، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٥).

(١) جاء في المستوعب: ٢٢١/٢: (ويعتبر في صحة الضمان رضا الضامن ولا يعتبر رضا المضمون له ولا رضا المضمون عنه).

(٢) هذه مسألة حدث بها خلاف: يرى جمهور الفقهاء إلى أن ضمان المجهول جائز، بينما يرى الشافعي أن ضمان المجهول لا يجوز. انظر: بدائع الصنائع: ٣٤٢٠/٧، والدر المختار: ٧٤٤/٦، والبحر الرائق: ٢٣٥/٦، والأم: ٢٢٩/٣، وروضة الطالبين: ٤٤٤/٤.

جاء في الكافي: ٢٣٠/٢: (ويصح ضمان المعلوم والمجهول قبل وجوبه وبعده لقوله تعالى: «ولمن جاء به حمل بغيره وأثابه زعيم»). وجاء في المغني: ٧٢/٧: (وقد دلت مسألة الخرقى على أحكام منها: صحة ضمان المجهول لقوله: ما أعطيته فهو علي. وهذا مجهول).

(٣) جاء في المهذب: ١٤٣/٢: (ولا تجوز إلا بمال معلوم، لأننا بينا أنه بيع فلا يصح في مجهول).

(٤) جاء في المستوعب: ٢٢٣/٢: (ويصح ضمان الدرك وهو ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع إن خرج العوض مستحقاً، وذكر أبو بكر في التنبيه: أنه لا يجوز ضمان الدرك والخلص).

(٥) جاء في حلية العلماء: (يصح ضمان دين الميت، وبه قال مالك، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة والثوري: لا يصح ضمانه دينه). انظر: الأم: ٢٣/٣، والوجيز: ١٨٣/١، وبدائع الصنائع: ٣٤١٢/٧، كنز الدقائق: ٣٥٣/٣. وجاء في المستوعب: ٢٢٥/٢: (ويصح ضمان الميت سواء خلف وفاء أو لم يخلف ولا تبرأ ذمته إلا بقضاء الضامن في أصح الروايتين، والأخرى: تبرأ بمجرد الضمان).

دليلنا: ما تقدم من حديث جابر وأبي سعيد الخدري وأن علياً وأبا قتادة ضمنا عن ميت، وكل من صح الضمان عنه إذا كان له وفاء صح، وإن لم يكن كالحى.

١٠٣٠ - مسألة: الكفالة بالنفس جائزة^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعى في إحدى قوليه^(٣) دليلنا: قوله تعالى: ﴿قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله﴾^(٤)، قال ابن عباس: كفلهم نفسه، وقول النبي ﷺ: «الزعيم غارم»^(٥)، ولأن حضور مجلس الحاكم حق يجب عليه تصح النيابة فيه، فصحت الكفالة له كالدين.

١٠٣١ - مسألة: إذا تكفل ببدن محبوس أو غائب صحت الكفالة^(٦)، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة^(٧) دليلنا: أنه وثيقة تصح مع الإطلاق والحضور، فصحت مع الغيبة والحبس كالضمان والرهن.

(١) جاء في الكفاي: ٢٣٤/٢: (تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحاكم بحق يصح ضمانه، لأنه حق لازم فصحت الكفالة به كالدين).
(٢) جاء في بداية المجتهد: ٩٥/٤: (وأما الحمالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعاً إذا كانت بسبب المال، لقول الرسول ﷺ: «الزعيم غارم»، وتعلقوا بأن ذلك مصلحة، وأنه مروى عن الصدر الأول). انظر: تحفة الفقهاء: ٢٤٣/٣.

(٣) جاء في حلية العلماء: ٦٤٩/٢: (ويصح كفالة البدن على المنصوص، وقال في الدعوى والبيّنات الكفالة بالبدن ضعيفة، فمن أصحابنا من قال: هي صحيحة قولاً واحداً، وقوله: ضعيفة يعني في القياس، ومن أصحابنا من قال فيها قولان: أظهرهما: أنها تصح، وهو قول عامة الفقهاء. ومن أصحابنا من قال: (لا تصح الكفالة ببدن من عليه قصاص، أو حد لآدمي)، الرواية التي ذكرها المصنف رواية مرجوحة والمذهب صحة الكفالة). انظر: الأم: ٣٣١/٣، والمهذب: ١٥٢/٢ حيث قال فيه: (وتجوز الكفالة بالبدن على المنصوص في الكتب).

(٤) سورة يوسف: الآية رقم: ٦٦.
(٥) أخرجه أبو داود: ٢٩٦/٣، والترمذي: ٥٦٥/٣، ابن ماجه في سننه، كتاب الصدقات، باب الكفالة: ٨٠٤/٢ حديث رقم ٢٤٠٥.
(٦) جاء في المستوعب: ٢٣٣/٢: (إذا تكفل ببدن رجل محبوس أو غائب صحت الكفالة...) وانظر: كشاف القناع: ٢٧٦/٣.
(٧) كشاف القناع: ٣٧٦/٣، وبدائع الصنائع: ١٠/٦ وما بعدها، والدر المختار: ٢٦٢/٤.

١٠٣٢ - مسألة: إذا تكفل ببدن إلى مدة فهرب عندها، فعليه ما على المكفول به^(١) خلافاً لأكثرهم^(٢). دليلنا: أنها أحد نوعي الكفالة أشبه الكفالة بما في الذمة، ولا يلزم إذا مات لأن التعليل للجواز.

١٠٣٣ - مسألة: لا تصح الكفالة ببدن عليه حد^(٣) خلافاً لأكثرهم^(٤)، وهذه المسألة والتي قبلها تتصور مع الشافعي على القول الذي يقول: تصح الكفالة بالأبدان. دليلنا: قوله ﷺ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «لا كفالة في حد»^(٥)، ولأنها كفالة ببدن من عليه حد فلا تصح. دليله حد الزنا وشرب الخمر.

١٠٣٤ - مسألة: إذا تكفل ببدن في بلد ثم سلمه في آخر فيه سلطان، فإنه يبرأ من الكفالة^(٦)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبرأ حتى يسلمه إليه في ذلك البلد. دليلنا: أنه إذا سلمه في بلد فيه سلطان أمكن حضور مجلس الحاكم كالذي ضمنه فيه.

- (١) جاء في الكافي: ٢٣٥/٢: (وإذا صحت الكفالة، فتعذر إحضار المكفول به لزمه ما عليه لقول النبي ﷺ: «الزعيم غارم». فوجب الغرم به كالضمان، فإن غاب المكفول به أمهل كفيله قدر ما يمضي إليه فيعيده، فإن مضى زمن الإمكان ولم يفعل لزمه ما عليه).
- (٢) جاء في المهذب: ١٥٤/٢: (وإن غاب المكفول به إلى موضع لا يعرف خبره لم يطالب، وإن غاب إلى موضع يعلم خبره لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن فيه الذهاب والمجيء.. فإن مضى زمن الإمكان ولم يفعل حبس الكفيل إلى أن يحضره).
- (٣) جاء في الممتع: ٢٦١/٣: (ولا تصح بيدن من عليه حد أو قصاص، لقول الرسول ﷺ: «لا كفالة في حد»).
- (٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٤٣/٣: (أما لو كفل بنفس من عليه حد القذف أو السرقة أو القصاص.. هل يجوز؟ ذكر أبو الحسن: أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم إذا بذلها المطلوب بنفسه..)، وانظر: البدائع: ٨/٦، وبداية المجتهد: ٢٩٣/٢.
- (٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٧٧/٦، كتاب الضمان، وانظر: نصب الراية: ٥٩/٤.
- (٦) انظر: الكافي: ١٣٧/٢، وفتح القدير: ٣٩٩/٥.

١٠٣٥ - مسألة : إذا تكفل ببدن وقال : إن آتيك به وإلا فأنا كفيل صحت الكفالة الأولى والثانية، وهكذا إن قال : كفلت لك زيد فإن جئتك به وإلا فأنا ضامن لك ما على عمرو، فإنه يصح الضمان على قياس المذهب^(١)، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وقال الشافعي : لا يصح شيء من هذا ويبطل فيهما^(٣)، وقال محمد : الكفالة باطلة في المال. دليلنا: أنه أضاف الضمان إلى شيئين أشبه وجود الحق فيجب أن يصح كضمان الدرك.

١٠٣٦ - مسألة : إذا ضمن ذمي لذمي خمرًا ثم أسلم المستقرض برئ الضامن^(٤)، وقال أبو حنيفة : لا يبرأ ويطالب بالقيمة. دليلنا: أنه لما سقط الخمر من ذمته لأن مسلم لا يجوز أن يسلم الخمر، وإذا سقط من ذمته سقط من ذمة الكفيل كإسلام المقر.

١٠٣٧ - مسألة : إذا قال رجل لرجل : أنقذ فلانًا بألف درهم. ففعل ذلك وسلمها إليه، كانت على الأمر^(٥)، وقال أبو حنيفة : لا شيء عليه إلا أن يكونا شريكين .

(١) جاء في الممتع: ٢٦١/٣: (أو كفّل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين، لأن ذلك كفالة أو ضمان فصح تعليقه على شرط كضمان العهدة).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين: ٢٨٦/٥، والدسوقي والدردير: ٣٤٤/٣، وبداية المجتهد: ٢٩١/٢ (٣) انظر: مغني المحتاج: ٢٠٣/٢، وحاشية الدسوقي: ٣٢٧/٢.

(٤) جاء في الممتع: ٢٤٨/٣: (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمرًا فأسلم المضمون له أو المضمون منه برئ هو والضامن معاً). وجاء في المستوعب: ٢٣٢/٢: (وإذا كفّل ذمي لذمي بخمر على ذمي جاز ...).

(٥) صورة المسألة: أن يكون الضامن قد ضمن بدون إذن المدين ثم أدى بدون إذن منه، ففيه روايتان، إحداهما: يرجع بما أدى، لأنه أداء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه. والرواية الأخرى: لا يرجع بشيء، لأن صلاة النبي ﷺ على الميت المدين بعد ضمان دينه تدل على أن ذمته برأت من الدين. انظر: كشاف القناع: ٣٥٩/٣، والمغني والشرح الكبير: ٨٦/٥.

كتاب الحوالة والضمان

قال الشيخ : هذا قياس المذهب. دليلنا : أنه لو قال : أُنْقَدُ عني احتسب بها ، كذلك وإن لم يقل عني كما لو كانا شريكين مختلطتين.

١٠٣٨ - مسألة : لا يصح شرط الخيار في الكفالة والضمان^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا : أنه لفظ يثبت به حقاً لا بدل في مقابلته، أشبه الإقرار وعكسه البيع.

(١) جاء في المسئوعب: ٢٣٢/٢ : (ولا مدخل للخيار في الكفالة ولا في الضمان، فلو أقر أنه كفّل بدن رجل بشرط الخيار لزمته الكفالة).
(٢) جاء في المذهب: ١٤٩/٢ : (ولا يثبت في الضمان خيار، لأنه لدفع الغبن وطلب الحظ، والضامن يدخل في العقد على بصيرة أنه مغبون، وأنه لا حظ له في العقد، ولهذا يقال: الكفالة أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة).

كتاب الشركة^(١)

١٠٣٩ - مسألة: تصح الشركة قبل الاختلاط^(٢) إذا عينا المال وأحضره، وإن كان مال كل واحد منهما في يده، وبه قال أبو حنيفة^(٣)، إلا أنه قال: إن هلك المال كان من ضمان صاحبه لا من ضمانهما، وعندنا أنه من ضمانهما، وقال مالك: تصح الشركة قبل الاختلاط، إلا أنه لا يصح أن يتفرد أحدهما بالتصرف في مال نفسه حتى يكون أيديهما عليه ويد وكيلهما^(٤)، وقال الشافعي^(٥): لا تصح الشركة قبل الاختلاط، والدلالة على صحتها أنه عقد يقصد به التصرف في المال فيجب أن يصح من غير اختلاط كالمضاربة، ولأنهما اشتركا من جنس الأثمان أشبه إذا اختلطا، أو كانت أيديهما عليه

(١) الشركة: بكسر الشين وإسكان الراء لغة: الاختلاط. انظر: لسان العرب مادة (شرك).
وشرعاً: ثبوت الحق على جهة الشيوع في شيء واحد لاثنتين فأكثر. انظر: شرح ابن القاسم.
وتنقسم الشركة إلى قسمين:

(أ) شركة ملك: وهي أن يملك اثنان أو أكثر عيناً أو ديناً بسبب من أسباب الملك.

(ب) شركة العقد: وهي عبارة عن العقد بين المتشاركين في الأصل والربح.

انظر: المبسوط: ١١٥/١١، ونهاية المحتاج: ٣/٥، والمغني: ١٠٩/٧.

(٢) جاء في الكافي: ٢٥/٢: (وتجوز الشركة وإن لم يخلط المالكين، لأنه يقصد بها كون الربح بينهما فلم يشترط خلط المال كالمضاربة)، ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة.

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء للطحاوي: ٦/٤: (قال أصحابنا: تصح الشركة قبل الخلط للدراهم والدنانير إذا عينا المال وأحضره.. وقال زفر: (لا تنعقد حتى يختلطا). انظر: المبسوط: ١٥٤/١١.

(٤) قال أصحابنا: أيهما هلك قبل الخلط بعد الشركة، فهو من مال صاحبه خاصة. انظر: مختصر اختلاف العلماء: ٦/٤.

(٥) قال الشيرازي: ١٥٧/٢: (ولا تصح حتى يختلط المالان، لأنه قبل الاختلاط لا شركة بينهما في مال).

على ملك، ونخص أبو حنيفة : بأنه أحد موجبي الشركة، فصح قبل الاختلاط كالربح.

فصل : فإن كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير صحت الشركة، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً للشافعي^(٢)، وهذا مبني على ما تقدم، وأنها تصح قبل الخلطة، ولأنه عقد يصح على الذهب مع الذهب فصح بالذهب مع الفضة كالصرف.

١٠٤٠ - **مسألة :** ويقسم الربح في الشركة على ما اصطلاحا عليه^(٣)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: الربح على قدر المال.^(٤) دليلنا: قول علي بن أبي طالب: الربح على ما اصطلاحا والوضيعة على قدر المال، ولأنه لما جاز أن يستويان في الربح جاز أن يتفاضلان، كالمضارب ورب المال.

١٠٤١ - **مسألة :** إذا أشركا شركة فاسدة ثبت المسمى، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يثبت. دليلنا: أنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح، ويزيد به على أبي حنيفة: إذا كان المسمى مهر المثل فما دون.

فصل : ولا يستحق كل واحد منهما في مقابلة عمله أجره، وقال الشافعي: يستحق كل واحد منهما من الربح بقدر ماله ويستحق على صاحبه أجره عمله. دليلنا: أن من أصلنا أنه يستحق الربح المسمى فلا يستحق الأجرة. دليله الشركة الصحيحة.

(١) جاء في الممتع: ٣/٣٨٤: (ولا يشترط أن يخلطا المالين، ولا أن يكون من جنس واحد، فلأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد).

(٢) جاء في المهذب: ٢/١٥٧: (وهل تصح الشركة مع تفاضل المالين في القدر؟ فيه وجهان، أحدهما: لا تصح ...).

(٣) جاء في الكافي: ٢/٢٥٧: (والربح بينهما على ما شرطاه، لأن العمل يستحق به الربح، وقد يتفاضلان فيه).

(٤) جاء في المهذب: ٢/١٥٨: (ويقسم الربح والخسران على قدر المالين، لأن الربح نماء مالهما، والخسران نقصان مالهما فكانا على قدر المالين). انظر: فتح القدير: ٥/٢٠.

١٠٤٢ - مسألة : إذا شرطاً أن الوضعية بينهما أثلاثاً مع تساوي المال، فالشركة صحيحة والوضعية على قدر المال^(١)، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وقال الشافعي : الشركة باطلة^(٣)، ويخرج على المذهب مثله بناءً على أن المزارعة تبطلها الشروط الفاسدة. دليلنا : أن الشركة تصح مع الجهالة، فلا يبطلها الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق والنكاح، ونريد بالجهالة ثلث الربح وربعه وهما لا يعلمان كم جملة الربح.

٤٠٤٣ - مسألة : إذا اشتركا في المال جاز لكل واحد منهما التصرف فيه بالبيع والابتياح من غير استئذان إذن في التصرف^(٤)، وقال بعض الشافعية : لا يجوز حتى يقول كل واحد منهما لصاحبه وأذنت لك في التصرف، وعن أحمد نحوه^(٥) دليلنا : أنها نوع شركة فلا يقف التصرف فيها على الإذن كالمضاربة، ولأننا لو قلنا هذا سويناً بين هذه الشركة وشركة الأملاك، وهذا لا يجوز.

(١) جاء في الممتع: ٣/٣٩١ : (الشروط في الشركة ضربان: صحيح، وفاسد، مثل أن يشترط أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله.. لأنه ينافي مقتضى العقد، لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بالقدر فيكون النقص منه دون غيره).

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء : ٨/٤ (قال أصحابنا والحسن بن حي : الوضعية على المالكين بعددهما وشرط الفضل باطل، والربح على ما اشترط.. وقال مالك : الشركة فاسدة، وكذلك قال الشافعي).

(٣) قال الشيرازي : (ويقسم الربح والخسران على قدر المالكين. فإن شرطاً التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالكين، أو التساوي في الربح والخسران مع تفاضل المالكين لم يصح العقد، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح). انظر: المذهب: ١٥٨/٢، وحلية العلماء: ٦٥٥/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٢/٢٦٠ : (ولكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشترى.. ويقبض المبيع والثمن).

(٥) جاء في المذهب: ١٥٧/٢ : (ولا يجوز لأحد الشريكين أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه، فإن أذن كل واحد لصاحبه في التصرف تصرف).

١٠٤٤ - مسألة : توكيل الشريك والمضارب صحيح^(١)، وحكي عن الشافعي أنه لا يجوز^(٢). دليلنا: أنه يملك عموم التصرف أشبه الوصي، ولأنه يملك البيع والشراء مطلقاً أشبه ما ذكرنا، ولا يلزم الوكيل على أحد الروایتين، لأنه لا يملك أن يشتري مطلقاً حتى يتعين له ما يشتريه.

١٠٤٥ - مسألة : شركة المفاوضة^(٣) باطلة، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة: صحيحة بشرائط التسوية في الحرية والدين، ويستوي مالیهما في المقدار، وإن لا يبقيا شيئاً من مال الشركة، وأن يتساويا في الربح، وأن يشارك كل واحد منهما الآخر فيما يكتسبه بصفة في غير مال الشركة إلا ويدخله في الشركة، وأن يضمن كل واحد منهما ما ضمنه صاحبه بعقد ضمان أو غصب أو شراء فاسد، أو ما يتقبله من العمل، فأما ما جنى عليه أو جنى هو على غيره فلا يشاركه فيه، وكذلك لا يطالب بتسليم من كفل ببدنه، وإنما يطالب بالمال الذي ضمنه ولا يشاركه فيما كسبه بالاحتطاب والاصطياد، وأما ما أوصى له به، أو وهب له، أو ورثه، أو وجب عليه من المهر، أو وجد معدناً أو

(١) انظر: الكافي: ٢٦١/٢ وما بعدها، والمغني: ١٢٩/٥، وبدائع الصنائع: ٦٩/٦، والخرشي على خليل: ٢٥٩/٤.

(٢) انظر: المذهب: ٢٥٦/١، ومغني المحتاج: ٢٢٦/٢.

(٣) شركة المفاوضة: المفاوضة لغة: المساواة والانتشار..

وشرعاً: هي أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمعوا بين شركة العنان والوجوه والأبدان، فيصح ذلك. انظر: الكافي: ٢٦٦/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٢٦٦/٢: (شركة المفاوضة هي: أن يشتركا في كل شيء يملكانه وما يلزم كل واحد منهما من ضمان أو غصب أو جناية تفريط.. فلا يصح لأنه: (أ) يكثر فيها الغرر.

(ب) ولأنها لا تصح بين المسلم والكافر فلا تصح بين المسلمين كسائر العقود للنهي عنها. (جـ) ولأنه يدخل فيها أكساب معتادة. (د) ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله. وقال

الشافعي عن المفاوضة: (شركة المفاوضة باطل، ولا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلاً). انظر: الأم: ٢٣١/٣، ومختصر المزني: ص ١٥٠، ونهاية

المحتاج: ٤/٥.

ركاز أو لقطه، فإن صاحبه لا يشاركه في هذا كله، فإن ملك مالا من جنس مال الشركة بشيء من هذه الأسباب بطلت شركة المفاوضة وصارت شركة عنان.^(١) وحكى عن مالك صحة المفاوضة، إلا أنه لا يشترط هذه الشرائط وإنما صفتها عندهم أن يفوض كل واحد منهما الأمر إلى صاحبه في شراء ما يرى وبيع ما يرى، والتوكيل والضمان فيما يرى. دليلنا: أنها شركة لا تصح بين الذمي والمسلم، أو عقد لا يصح بين الذمي والمسلم، مع انتفاء النقص عن المسلم فلا تصح بحال كما لو شرطاً أن يدخلها فيها المهر وأرش الجناية.

١٠٤٦ - مسألة: شركة الأبدان^(٢) جائزة^(٣) عملاً في موضع أو موضعين، وسواء عملاً أم أحدهما وما كان من فضل فهو بينهما، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، وقال مالك : تصح مع اتفاق الصنائع^(٥)، وقال الشافعي^(٦) : لا تصح بحال. دليلنا: قول

(١) شركة المفاوضة صحيحة عند أبي حنيفة، فهي مشروعة ومتعارفة فيما بين التجار لأننا لو قلنا أنها لا تجوز لأدى إلى سد باب التجارة. انظر: المبسوط: ٥٣/١١، ومختصر الطحاوي: ص ١٦، والهداية: ٤/٣.

(٢) شركة الأبدان: هو أن يشترك اثنان فيما يكتسبانه بأبدانهما كالصانعين يشتركان على أن يعمل في ساعتهما أو فيما يكتسبانه من مباح. انظر: الكافي: ٢٦٢/٢.

(٣) جاء في الكافي: ٢٦٢/٢: (وشركة الأبدان جائزة، وتصح مع اتفاق الصنائع واختلافهما، لأنهما اتفقا في مكسب واحد. وقال أبو الخطاب: لا تصح مع اختلافهما، لأن الشركة تقتضي أن ما يتقبله أحدهما يلزم صاحبه، ولا يمكن أن يلزمه عمل صناعة لا يحسنها).

(٤) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ١٠/٤: (قال أصحابنا: تجوز شركة الأبدان في الصناعات، اتفقت أو اختلفت عملاً في موضعين أو موضع واحد).

(٥) جاء في المدونة الكبرى: ٥٩٥/٣: (قلت: رأيت الحدادين والقصارين والخياطين والصواغين والسراجين وما أشبه هذه الأعمال.. هل يجوز أن يشتركوا؟ قال: قال مالك: إن كانت الصناعة واحدة، ولا يجوز أن يشتركا وأحدهما قصار والآخر حداد).

(٦) جاء في حلية العلماء: ٦٥٦/٢: (وشركة الأبدان باطلة.. ومن أصحابنا من قال للشافعي قول آخر: إنها جائزة، وليس بشيء، وقال أبو حنيفة: شركة الأبدان صحيحة إلا في الاحتطاب والاحتشاش والأغنام، وقال مالك: تصح مع اتفاق الصنعيتين.. وقال أحمد: تصح في جميع الأشياء إلا في الأغنام).

ابن مسعود: «أشرك رسول الله ﷺ بيني وبين عمار وسعد في درقة»^(١) [سلخناها]^(٢) فاشتركنا فيما أصبنا فأخفقت أنا وعمار وجاء سعد بأسيرين»^(٣)، ولأن العمل أحد جهتي المضاربة، فصح الشركة عليه كالأموال، وكما لو اتفقت الصنائع على ملك.

فصل: وتصح على الاحتشاش والاحتطاب، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة.^(٤) دليلنا: أنها شركة على مباح أشبه الخياطة والبناء.

١٠٤٧ - مسألة: شركة الوجوه^(٥) جائزة^(٦)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم في قولهم: هي باطلة إلا بأربعة شرائط: إلا أن يأذن له في الشراء، ويذكر جنس البيع وقدره فيقول: إشتري البُر في يومنا هذا بمائة درهم، وينوي أن يشتري به بينهما.^(٧)

وصفة شركة الوجوه عندنا أن يشتركان على أن ما يشريانه في ذمتهم بوجوههما فالربح بينهما والضمان عليهما. دليلنا: أنهما اشتركا في الابتاع فما ابتاعه أحدهما يجب أن يكون بينهما كما لو وجدت الشرائط أربعة.

(١) الدُرُق: ضرب من الترس، الواحدة درقة، تتخذ من الجلود، ليس فيه خشب ولا عقب. لسان العرب: ٩٥/١٠.

(٢) زيادة من نص الحديث.

(٣) أخرجه الدارقطني في السنن: ٣٤/٣.

(٤) جاء في مختصر اختلاف العنماء: ١/٤: (ولا تجوز في الاصطیاد والاحتطاب ونحوه).

(٥) شركة الوجوه: هي أن يتعاقد أثنان فأكثر بدون ذكر رأس مال على أن يشتريا نسيئة ويبيعا نقداً ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما الثمن. انظر: فتح القدير: ٣٠/٥.

(٦) جاء في الكافي: ٢٦٦/٢: (شركة الوجوه جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه أو قال: ما اشترت من شيء فهو بيننا)، ولأن معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه.

(٧) قال الشيرازي: (أما شركة الوجوه فهي شركة باطلة، لأن ما يشتريه كل واحد منهما ملك له ينفرد به فلا يجوز أن يشاركه غيره في الربح). انظر: المهذب: ١٥٩/٢.

١٠٤ - مسألة : إذا شرطاً أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر والأجرة بينهما نصفان صح ذلك^(١)، وقال زفر : لا يستحق العامل المسمى. دليلنا : أن الضمان مما يستحق به الأجرة والربح بدلالة شركة الأبدان والعمل أيضاً مما يستحق به الربح بدلالة المضاربة، وإذا كان كذلك جرى الضمان مجرى المال في حق رب المال، والعمل بمثابة عمل المضارب فيجب أن يصح.

١٠٤٥ - مسألة : إذا قال : ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك، ولم يذكر وقتاً ولا المال الذي يشتري به، ولا صنفاً من المال جاز ذلك^(٢)، وقال أبو حنيفة : لا يصح. دليلنا : أن هذه شركة الوجوه وهي صحيحة على هذا الوجه، ولأن المضاربة تجوز على وجه التغيرير كذلك التوكيل.

١٠٥٠ - مسألة^(٣) : [.....] وقال أبو حنيفة : تصح في [.....] من النصفين جميعاً، ووافقناه أصحابه، وهذه المسألة مبنية على أن الوكيل في بيع العبد لا يملك أن يبيع نصفه وعنده يجوز، ويأتي في كتاب الوكالة.

١٠٥١ - مسألة : إذا كان لأحد الشريكين دين على رجل، فأخر أحدهما حصته جاز، وقال أبو حنيفة : لا يجوز^(٤)، ووافقناه أصحابه. دليلنا : أنه إسقاط حقه من المطالبة أشبه الإبراء.

(١) جاء في كشف القناع: ٥٢٧/٣: (ولو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة، ولكل منهما المطالبة بالأجرة لعمل تقبله هو أو صاحبه).
(٢) فلو قال كل منهما للآخر : (ما اشتريت فهو بيننا صح). انظر: كشف القناع: ج ٣ ص ٥٢٦.

(٣) ما بين المعكوفين بياض في النسخين.

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٦/٣: (ولا يجوز بمال غائب أو دين في الحالين).

١٠٥٢ - مسألة: الشركة على العروض^(١) باطلة^(٢)، وبه قال أبو يوسف^(٣)، وفيه رواية أخرى: تصح، وبه قال مالك^(٤)، وقال الشافعي ومحمد بن الحسن: إن كانت العروض مما تختلط فاختلطا صحت الشركة^(٥)، وهذا كالحبوب والأدهان وجه الأولى: أن الشركة فيها معنى الوكالة، لأن كل واحد منهما وكيل لصاحبه في البيع والشراء والتوكيل على هذا الوجه لا يصح، لأنه لو قال له بع سلعتك وأنا شريك في الثمن لم يصح.

١٠٥٣ - مسألة: لا تصح المضاربة بالمال المغشوش^(٦)، وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل جاز. دليلنا: أنها مضاربة بمال مغشوش أشبه إذا كان الغش أكثر.

- (١) العروض: مفردة العرض بالسكون، وهي كل ما سوى الدراهم والدنانير. انظر: المصباح، مادة (عرض).
- (٢) جاء في الكافي: ٢٥٨/٢: (ولا تصح الشركة بالعروض في إحدى الروايتين، لأن قيمة أحدهما ربما تزيد قبل بيعه، فيشاركه الآخر في نماء العين التي هي ملكه...)، ولأنه يؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، والرواية الثانية: تصح بها).
- (٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٦/٣: (وأما الشركة بالعروض فلا تجوز عندنا، خلافاً لمالك، لأن الشركة تقتضي الوكالة، والتوكيل على الوجه الذي تضمنته الشركة لا يصح بالعروض). انظر: المبسوط: ١٦/١١.
- (٤) جاء في بداية المجتهد: ٤١/٤: (وأما إذا اشتركا في صنفين من العروض، أو في عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم، ومالك يعتبر في العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم).
- (٥) جاء في المذهب: ١٥٦/٢: (فأما ما سواهما من العروض فضريان: ضرب لا مثل له، وضرب له مثل، فأما الضرب الذي لا مثل له كالحيوان والياب فلا يجوز عقد الشركة عليها، لأنها قد تزيد قيمة أحدهما عن الآخر.. وأما ما له مثل كالحبوب والأدهان ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز عقد الشركة عليه، وعليه نص البويطي. والثاني: يجوز، لأنه من ذوات الأمثال فأشبه الأثمان). انظر: المنهاج: ص ٦٣، ونهاية المحتاج: ٨/٥.
- (٦) جاء في الممتع: ٣٨١/٣: (وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين.. أما كونها لا تصح على وجه؛ فلأن المغشوش لا ينضبط غشه، فلا يمكن رد مثله، والفلوس تزيد وتنقص قيمتها أشبهت العروض.. وأما كونها تصح على وجه، فلأن المغشوش يصير غشه كالمستهلك).

١٠٥٤ - مسألة : إذا قال : بَعُ هذه العروض وضارب بثمانها صحت المضاربة، وبه قال أبو حنيفة^(١) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه عقد يصح مع الجهالة وليس فيه معاوضة، فجاز تعليقه بغرر كالطلاق والعتاق، ولا يلزم النكاح لأنه معاوضة.

١٠٥٥ - مسألة : إذا شرط على المضارب أن لا يبتع إلا من بلد بعينه، أو رجل بعينه، أو سلعة بعينها صحت المضاربة^(٢) ولم يتعد ما شرطه، وبه قال أبو حنيفة^(٣)، وقال أكثرهم : المضاربة فاسدة. دليلنا: أنها مضاربة خاصة فكانت صحيحة كما لو خصها بجنس من المال فقال : اتجر في البُر خاصة.

١٠٥٦ - مسألة : المضاربة المؤقتة صحيحة وهو أن يقول : ضارب بهذا المال سنة.^(٤) وبه قال أصحاب أبي حنيفة، وفيه رواية أخرى: هي باطلة، وهي اختيار أبي حفص الكعبري، وبه قال أكثرهم^(٥) وجه الأولى: أنها لما توقتت بنوع من المال توقتت بزمان كالوديعة، ولأنهم قد قالوا لو قال : ضارب به سنة وبعدها بع ولا تشتري صح، كذلك إذا قال : لا تبيع ولا تشتري.

(١) جاء في الكافي: ٢٦٩/٢: (وإن كان عرضاً، فقال: بعه وضارب بثمانه صح، لأن الثمن عين مال رب المال).

وجاء في تحفة الفقهاء: ٢٣/٣: (أما إذا كان مال المضاربة عروضاً: فليس يصح نهى رب المال حتى يصير نقداً وذلك نحو أن يقول: لا تبع بالنسيئة، لأن المضاربة تمت بالشراء).
(٢) قال ابن قدامة: (ويصح أن يشترط على العامل أن لا يتجر به إلا في بلد بعينه). انظر: الكافي: ٢٧٠/٢.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٢/٣: (... إن دفع المال مضاربة ليعمل بها في الكوفة، فليس له أن يخرج المال من الكوفة...).

(٤) جاء في المستوعب: ٣٠٦/٢: (وإن شرطاً تأقيت المضاربة فسدت في إحدى الروايتين، والأخرى: لا تفسد...).

(٥) جاء في المهذب: ٢٢٨/٢: (ولا تجوز الشريطة إلى مدة، فمن أصحابنا من قال: لا يجوز شرط المدة فيه، لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقاً فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح).

١٠٥٧- مسألة: إذا دفع إلى نفسين مالاً مضاربة جاز أن يشترط لأحدهما من الربح أكثر مما يشترط للآخر^(١) خلافاً للشافعي^(٢) دليلنا: أن الربح يستحق بالشرط أشبه إذا أفرد كل واحد منهما بالعقد.

١٠٥٨- مسألة: نفقة المضارب في حال سفره على نفسه^(٣)، وقال أبو حنيفة ومالك: على المضاربة^(٤)، وعن الشافعي كالمذهبين^(٥) دليلنا: أنها نفقة تخصه أشبه نفقة الحضر ونفقة الطبيب والطبيب.

١٠٥٩- مسألة: إذا كان المضارب حاضراً فشرط نفقة على رب المال، صح الشرط خلافاً للشافعي^(٦) دليلنا: أنه شرط النفقة في مقابلة عمله فهو كالوكيل.

فصل: فإن أنفق من مال نفسه ثم ادعى ذلك فالقول قوله، وبه قال

(١) جاء في المغني لابن قدامة: ٣٥/٥: (ويجوز أن يدفع مالاً إلى اثنين مضاربة في عقد واحد، فإن شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين جاز، وإن قال: لكما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو، كان بينهما نصفين، لأن إطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية).

(٢) جاء في حلبة العلماء: ٧١٤/٢: (ويجوز أن يقارض الرجل رجلين على مال يفاضل بينهما في الربح .. وقال مالك: يجوز أن يفضل أحدهما على الآخر).

(٣) جاء في الكافي: ٢٧٧/٢: (ونفقة العامل على نفسه حضراً وسفراً، لأنها تختص به فكانت عليه كنفقة الزوجة، ولأنه دخل على جزء مسمى فلم يستحق غيره، كالساقى، وإن شرط نفقته فله ذلك لقول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»).

(٤) جاء في مختصر الفقهاء: ٤٣/٤: (قال أصحابنا: إذا سافر بالمال أنفق منه في طعامه وكسوته وشرايه وركوبه .. والحجامة من ماله والدواء من ماله ... وقال مالك: طعامه وكسوته في سفره وما يصلحه بالمعروف في المال بقدر المال ... وله النفقة في المال في رجوعه في سفره).

(٥) جاء في المذهب: ٢٣١/٢: (فمن أصحابنا من قال: لا نفقة له قولاً واحداً، لأن نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الإقامة، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما: لا ينفق لما ذكرنا. والثاني: ينفق، لأن سفره لأجل المال).

(٦) جاء في المغني: ٧٠/٥: (وإذا اشترط المضارب نفقة نفسه في الحضر أو السفر صح. وقال الشافعي: لا يصح في الحضر .. ولنا: أن التجارة في الحضر إحدى حالتها المضاربة فصح اشتراط أنفقة كالسفر، ولأنه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة).

الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة : لا يكون القول قوله. دليلنا: أنه أمين أشبه الوصي إذا كان المال باقياً.

١٠٦٠ - مسألة: إذا مات المضارب ولم تعرف المضاربة بعينها، فإنها تصير ديناً^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي : لا شيء على المضارب. دليلنا: أننا لم نعلم هلاكها فالأصل بقاءها، وإذا كان كذلك جعلنا ما في يد الورثة ميراثاً لهم. وقد علمنا أن في مال التركة مالاً لرب المال فقد ملكناه مال الغير، ولا يجوز أن يملك بغير بذل، فيجب أن يصير ديناً ويكون أسوة الغرماء.

١٠٦١ - مسألة: إذا شرط ضمان المال على المضارب لم تبطل المضاربة وبه قال أبو حنيفة^(٣) خلافاً لأكثرهم.^(٤) دليلنا: أنه عقد يصح على مجهول فلا تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والطلاق والعتاق.

١٠٦٢ - مسألة: إذا اشترى المضارب أبا رب المال، أو أمه، أو من يعتق عليه

(١) جاء في الكافي: ٢٨٣/٢: (وإن اتفقا على الشرط فقال المضارب: أنفقت من مالي، فالقول قوله، لأنه أمين فقبل قوله في الإنفاق كالوصي).

(٢) جاء في المغني: ٦٢/٥: (وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه صار ديناً في ذمته، ولصاحبه أسوة الغرماء، لأن الأصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل إلى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة إذا تعرف وعينها). وقال الشافعي: ليس على المضارب شيء، لأنه لم يكن في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت). وجاء في المستوعب: ٣١٣/٢: (وإذا مات المضارب ولم تعرف المضاربة بعينها صارت ديناً عليه).

(٣) جاء في المغني: ٦٨/٥: (متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعية فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً، والعقد صحيح نص عليه أحمد، وهو قول أبي حنيفة ومالك، لأنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به.. وروي عن أحمد: أن العقد يفسد به. وحكي ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة).

(٤) انظر: الجامع الصغير: ص ٣٤٩، والمدونة: ١٠٩/٥، والأم: ١٠/٤، وبداية المجتهد: ٢٧/٤.

صح الشراء، وهكذا إذا اشترى أحد الزوجين، وهكذا المأذون له في التجارة^(١)، وقال أكثرهم : لا يصح شراء المضارب من يعتق على رب المال^(٢)، وأما إذا اشترى أحد الزوجين الزوج الآخر فقد اختلفوا، فقال أبو حنيفة : يصح . وقال الشافعي : لا يصح . وأما المأذون له في التجارة فقال أبو حنيفة : إن لم يدفع إليه المال وإنما أذن له في التجارة صح الشراء، وللشافعي قولان : سواء دفع إليه المال أم لم يدفع . دليلنا : على الصحة في الجملة، أن كل عين صح أن يشتريها رب المال صح أن يشتريها المضارب كالأجنبي، وإذا اشترى الزوج أو الزوجة.

١٠٦٣ - مسألة : إذا تفاسخا عقد المضاربة والمال دين على الناس أجبر العامل على اقتضاءها وتسليمها إلى رب المال، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة : لا يجبر إلا أن يكون هناك ربح . دليلنا : أنه فسخ لعقد المضاربة فاقتضى أن يرد رأس المال كما لو كان هناك ربح.

١٠٦٤ - مسألة : إذا اشترط جميع الربح لأحدهما بطلت المضاربة، وللعامل أجره المثل، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة : إن شرطه للعامل حصل

(١) جاء في الممتع ٤٠٠/٣ : (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال، فإن فعل صح، وعق وضمن ثمنه، وعنه : يضمن قيمته علم أو لم يعلم .. وقال أبو بكر : إن لم يعلم لم يضمن، لأن التفريط حصل).

(٢) جاء في المذهب ٢٣٠/٢ : (وإن اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال، لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه، وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه).

(٣) جاء في الممتع ٤٠٧/٢ : (وإن انفسخ القراض والمال دين لزم العامل تقاضيه، لأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته، والديون لا تجري مجرى المال الناض، فلزمه أن يرده، كما يلزمه بيعه لو كان عرضاً).

(٤) جاء في كشف القناع ٥٠٩/٣ : (وإن قال رب المال خذه مضاربة والربح كله لك، فسدت، أو قال : خذه مضاربة والربح كله لي، فسدت المضاربة، لأنها تقتضي كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح، فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد.. وللعامل أجره المثل في الأولى لأنه عمل على عوض لم يسلم له، ولا شيء له في الثانية).

المال في ذمته قرضاً، وإن شرطه لنفسه حصل بضاعة فلا يستحق العامل شيئاً، وقال مالك : المضاربة صحيحة، وإذا شرط جميع الربح للعامل استحقه. دليلنا: أن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح، وهذا مخالف لمقتضاها فوجب أن يبطل بمخالفة المقتضى.

١٠٦٥ - مسألة : تجوز المسافرة في المضاربة المطلقة ما لم ينهه^(١) خلافاً لأبي حنيفة.^(٢) دليلنا: أن إطلاقها يقتضي ذلك لأنها مأخوذة من الضرب في الأرض، فإذا سافر فقد وافق مقتضاها ويحصل كأنه صرح بذلك له.

١٠٦٦ - مسألة : يجوز أن يدفع إليه مالاً بعضه شركة وبعضه مضاربة، وبه قال الشافعي خلافاً لمالك.^(٣) دليلنا: أنه قد وجد شرائط كل واحد منهما أشبه إذا أفرد كل واحد منهما بالعقد.

فصل : فإن ضاربه على أن يستدين على مال المضاربة ويكون الربح بينهما صح ذلك خلافاً لمالك^(٤)، وهذه المسألة مبنية على ما قبلها، وإنه يجوز أن يجتمع شركة ومضاربة، وقد بينا جواز ذلك.

(١) جاء في المغني: ٤١/٥: (وليس له السفر بالمال في أحد الوجهين، وهو مذهب الشافعي، لأن في السفر تغريباً بالمال وخطراً.. والوجه الثاني: له السفر إذا لم يكن مخوفاً، ويحكى ذلك عن أبي حنيفة، لأن الإذن المطلق يتصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفرأ وحضرأ، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٣/٣: (ثم في المضاربة المطلقة إذا نهى رب المال أن يخرج المال من المصر الذي اشتراه منه وعلم بالنهي، فليس له أن يخرج).

(٣) قال أصحاب مالك: لا يجوز أن يضم إلى مال القراض شركة. انظر: حلية النساء: ٧١٤/٢.

(٤) قال مالك: لا يجوز أن يقول اشتر على المضاربة بالدين، لأنه كالمضاربة بغير مال.. وقال الشافعي: إذا أدان المضارب في بيع أو شراء فهو ضامن إلا أن يأذن له رب المال. انظر: المبسوط: ١٢٢/٢، والكافي لابن عبد البر: ص ٣٨٥، والمزني: ص ١٦٦.

١٠٦٧ - مسألة : إذا أبضع العامل في المضاربة بالمال، أو ضارب به، أو أودعه، كان عليه الضمان^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : له ذلك سوى المضاربة. دليلنا: أنه دفع المال إلى غيره بغير إذن أشبه المودع، أو إذا ضارب به مع رجل آخر.

١٠٦٨ - مسألة : لا يصح شراء رب المال لشيء من مال المضاربة، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لإحدى الروایتين، ولأبي حنيفة^(٣). دليلنا: أنه ملكه فلا يبتاعه كما لو كان في يد غيره بضاعة.

١٠٦٩ - مسألة : إذا ادعى المضارب على رب المال أنه أذن له في بيع النسيئة وأنكره فالقول قوله، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، وقال الشافعي وزفر: القول قول رب المال. دليلنا: أن الأصل براءة ذمته فلو جعلنا القول قول رب المال ضمنائه وأسقطنا حقه في الربح وهذا لا يجوز كما لو ادعى عليه رب المال تصرفاً غير مأذون فيه.

(١) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٥/٤: (قال أصحابنا: له أن يبضع .. وقال مالك: إذا أبضع ضمن). انظر: المبسوط: ٤٨/٢٢، والمدونة: ١١٠/٥، والأم: ١٠/٤.

(٢) جاء في الكافي: ٢٨٤/٢: (وإن اشترى رب المال شيئاً من مال المضاربة لم يصح في إحدى الروایتين، لأنه ملكه، فلم يجز شراؤه كماله الذي مع وكيله. والثانية: يصح، لأنه قد تعلق به حق غيره).

(٣) جاء في مختصر اختلاف الفقهاء: ٥٠/٤: (قال أصحابنا: لرب المال أن يشتري من المضارب، والمضارب يشتري منه .. وقال زفر: لا يجوز الشراء بينهما في مال المضاربة، وقياس قول مالك: أنه يجوز، وقول الشافعي أيضاً: أنه يجوز). انظر: المبسوط: ١٥٥/٢٢.

(٤) جاء في المغني: ٧٦/٥: (وإن قال: أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة، قال: بل أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة، فالقول قول العامل نص عليه أحمد، وبه قال أبو حنيفة، لأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل).

فصل: فإن اختلفا في قدر الربح لم يتحالفا^(١)، وهل القول قول المضارب أم رب المال؟ على روايتين. وقال الشافعي: يتحالفان. دليلنا: أنه اختلاف في المضاربة فلا يتحالفان كما لو اختلفا في أصلها، ولأن التحالف يحتاج إليه في العقود اللازمة التي لا يمكن كل واحد منهما الفسخ إلا بسبب، وهذا معدوم هاهنا.

١٠٧٠ - مسألة: يستحق أجرة المثل في المضاربة الفاسدة^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وفساده عندنا أن لا يسميا ربحاً أو يسميا شيئاً مجهولاً، أو يكون على العروض. وقال مالك: لا يستحق إلا أن يكون هناك ربح.^(٤) دليلنا: أنها مضاربة فاسدة فاستحق الأجرة.

١٠٧١ - مسألة: إذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إن كان يضر

-
- (١) جاء في كشف القناع: ٥٢٣/٣: (والقول قول العامل في قدر رأس المال، لأن رب المال يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره .. فالقول قول العامل).
- وجاء في المبسوط: ٢٧/٢٢: (فالقول قول المضارب مع يمينه).
- وجاء في المذهب: ٢٣٤/٢: (وإن اختلفا في قدر رأس المال .. فالقول قول العامل، لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به .. وإن كان في المال ربح ففيه وجهان: أحدهما: أن القول قول العامل. والثاني: أنهما يتحالفان، والصحيح هو الأول).
- (٢) جاء في المغني: ٥٢٢/٥: (وفي المضاربة الفاسدة **فصول ثلاثة**:
- (أ) أنه إذا تصرف نفذ تصرفه، لأنه أذن له فيه، فإذا بطل العقد بقي الأذن.
- (ب) أن الربح جميعه لرب المال لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئاً، وكان له أجر مثله، نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي.
- (ج) ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه).
- (٣) انظر: المذهب: ٢٣٣/٢، والمبسوط: ٢٥/٢٢ والمزني: ص ١٢٣.
- (٤) جاء في بداية المجتهد: ٣١/٤: (واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل، واختلفوا إذا فات بالعمل ... الخ).

بالأول، فإن فعل وربح رد ما ربحه في المضاربة الأولى^(١)، وقال أكثرهم : لا يمنع من ذلك والربح له. دليلنا: أن عقد المضاربة يقتضي التصرف على وجه لا يضر برب المال، فإذا كان في المضاربة الثانية ما يشغله عن المبالغة في طلب الحظ في الأولى لهذا منعناه ورددنا الربح في الأولى، لأن منافعه صارت مستحقة في العقد الأول.

مسائل المأذون

١٠٧٢ - مسألة: إذا أذن لعبده في تجارة خاصة لم يجز أن يتجر في غيرها^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: أنه تصرف مستفاد بالإذن فهو كتصرف المضارب.

١٠٧٣ - مسألة: إذا رأى عبده يبيع ويشترى^(٥) فلم ينهه، لم يكن ذلك إذناً له،

(١) جاء في المستوعب: ٣٠٩/٢: (ولا يجوز للمضارب أن يضارب لرجل آخر إذا كان في ذلك ضرر على الأول، فإن فعل وربح رده في شركة الأول، وإن لم يكن فيه ضرر على الأول، أو كان عليه ضرر لكنه أذن فيه جاز. ذكره القاضي في المجرد).

(٢) جاء في الكافي: ٢٨٧/٢: (وإن أذن له المولى جاز، لأن الحجر لحقه فملك إزالته ولا يملك التجارة إلا فيما أذن فيه، لأن تصرفه بالإذن فلم يملك إلا ما دخل فيه كالوكيل، فإن عين له نوعاً أو قدراً لم يملك التجارة في غيره، وإن أذن له في التجارة مطلقاً جاز).

(٣) جاء في المهذب: ٢٣٥/٢: (ولا يتجر إلا فيما أذن به، لأن تصرفه بالإذن فلا يملك إلا ما دخل فيه). انظر: التنبيه: ص ٨٢، والوجيز: ٨٥١/١، ونهاية المحتاج: ١٧٤/٤.

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٨٧/٣: (كل ما كان من التجارة وتوابع التجارة وضروراتها فإنه يملكه المأذون، وما لا فلا ...). انظر: المبسوط: ٥/٢٥، والهداية وشرحها فتح القدير: ٢٨٥/٩، وبدائع الصنائع: ٤٥٢٠/١٠.

(٥) هذه المسألة حدث فيها خلاف على قولين:

(أ) القول الأول: أن السيد إذا رأى عبده يتجر فسكت، فإن ذلك لا يكون إذناً له، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، وقد استدلوا على ذلك بأن السكوت ليس بحجة في الشرع بخلاف البكر، لأن الشرع جعل سكوتها رضا لعله الحياء، وهاهنا هذا المعنى معدوم، ولأنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلم يكن السكوت إذناً فيه). انظر: الوجيز: ١٥٢/١.

(ب) القول الثاني: أن السيد إذا رأى عبده يتجر فسكت فإنه يكون إذناً .. ذهب إلى ذلك الأحناف. انظر: المبسوط: ١١/٢٥، وبدائع الصنائع: ٤٥٢٠/١٠.

وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه تصرف يفتقر إلى الإذن فلا يكون السكوت إذناً فيه كبيع الراهن للرهن والمرتهن ساكت، وإذا باع أجنبي مال غيره، وإذا تزوج العبد والسيد ساكت، ولا يلزم البكر البالغة في حق الأب على إحدى الروايتين، أو في حق بقية العصابات أن سكوتها إذن.

١٠٧٤- مسألة: إذا أذن لعبده في التجارة فلزمه دين فهو في ذمة السيد^(١)، وقال أبو حنيفة: في رقبة العبد يباع به إذا طالب الغرماء، فإن زاد على القيمة لم يلزم السيد^(٢)، وقال الشافعي: يكون في ذمته يتبع به إذا أعتق^(٣). دليلنا: أنه تصرف ممنوع منه لأجل الغير، فإذا أذن له كان ما استدان على الإذن كتصرف المضارب ولا يلزم الوصي إذا أذن لليتيم، لأن المنع لحق نفسه.

١٠٧٥- مسألة: دعوة العبد التاجر جائزة، وكذلك هديته وعاريته^(٤)، فأما هبته للدرهم والدنانير وكسوته الثياب فلا^(٥)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز له شيء من ذلك^(٦). دليلنا: ما روى الأحوص بن حكيم: «أن النبي ﷺ

(١) جاء في كشف القناع: ٤٥٩/٣: (ويتعلق دين مأذون له في التجارة بذمة سيده بالغاً ما بلغ، لأنه غر الناس بمعاملته، وحكم ما استدانه العبد المأذون أو ما اقترضه بأذن السيد، حكم ما استدانه للتجارة بإذنه فيتعلق بذمة السيد، ولو زاد على قيمة العبد).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٩٠/٣: (ثم إذا ثبت تعلق الدين برقبة العبد وكسبه، فإن الدين يقضى من الكسب أولاً، فإن فضل من الدين شيء، أو لم يكن له كسب أصلاً، فإن القاضي يبيع الرقبة إذا طلبه الغرماء، إلا إذا قضى المولى دينه).

(٣) (إذا ركب المأذون له في التجارة ديون، وعجز ما في يده عن قضائها تعلق بذمته يتبع بها إذا أعتق) انظر: غلية العلماء: ٧١٧/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٢٨٨/٢: (وتجوز هديته المأكول واتخاذ الدعوة وإعارة دابته ما لم يسرف).

(٥) جاء في الكافي: ٢٨٨/٢: (ولا يجوز تبرع المأذون له بالدرهم والكسوة، لأنه ليس بتجارة ولا من ترابعها فلم يدخل في الإذن فيها، وتجوز هديته المأكول، واتخاذ الدعوة، وإعارة دابته ما لم يسرف).

(٦) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٢٢٧/٥: (قال أصحابنا: يجوز هدية العبد التاجر الطعام، ودعوته وعاريته دابته .. وكره كسوة الثوب والدنانير. وقال ابن القاسم عن مالك: لا يجوز للعبد أن يعطي من ماله شيئاً بغير أمر سيده سواء أكان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون. وكذلك العارية والدعوة إلى الطعام إلا أن يكون مأذوناً له).

أجاب دعوة عبد^(١)، وعن إبراهيم النخعي: «أن النبي ﷺ كان يركب الحمار ويجب دعوة المملوك»^(٢)، وروي عن بريرة: أنها أهدت للنبي ﷺ لحماً، فقال: هو لها صدقة، ولنا هدية»^(٣)، ولأن هذا مأذون فيه في العرف والعادة فهو كصدقة المرأة من مال زوجها.

١٠٧٦ - مسألة: إذا أبق المأذون له في التجارة لم يصر محجوراً عليه^(٤)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن، فلا يمنع استدامته كمرضه، وكما لو غصب.

١٠٧٧ - مسألة: إذا أذن لأمته في التجارة ثم لحقها دين وأتت بولد، لم تتعلق به خلافاً لأبي حنيفة، وهذا مبني على أن الديون تتعلق بالسيدة لا بالعبد، وقد تقدم الكلام فيه.

١٠٧٨ - مسألة: إذا باع المولى عبده المأذون له لم يصح البيع، وقال أبو حنيفة: يصح إذا كان عليه من الدين ما يستغرق قيمته، وهذا مبني على ما تقدم، وإنه يتعلق به فيحصل كالأجنبي.

١٠٧٩ - مسألة: يجوز للأب والوصي أن يأذن للصبي في البيع والابتياح، وبه

(١) عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «كان رسول الله ﷺ يجيب العبد، ويعود المريض، ويركب الحمار». أخرجه أبو يعلى في مسنده: ٢٣٨/٧، والترمذي في سننه: ٣٣٧/٣.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه: ٧٧٠/٢، كتاب التجارات، وأبو داود الطيالسي في مسنده: ص ٢٨٥.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: ٧٥٥/٢.

(٤) جاء في المغني: ٨٥/٥: (ولا يبطل الإذن بالإباق، وبه قال الشافعي، لأن الإباق لا يمنع الإذن له في التجارة فلم يمنع استدامته).

و... حنيفة: (يبطل، لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبه).

قال أبو حنيفة^(١)، إلا أننا نقول : لا يتعدى موضع الإذن وهو ما يجعله عاماً، والأصل في ذلك الإذن للعبد، وقال الشافعي : لا يصح الإذن.^(٢) دليلنا: قوله تعالى : ﴿ وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾^(٣)، والابتلاء : الاختبار، وهذا إنما يحصل بهذا الفعل، ولأنه يعقل البيع والشراء فصح إذنه له كالعبد.

(١) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٢٣٨/٥ : (قال أصحابنا: يجوز للأب أن يأذن لابنه الصغير في التجارة، إذا كان يعقل الشراء والبيع، وكذلك الوصي في الأب، وقال ابن القاسم عن مالك : لا أرى إذن الأب والوصي للصبي في التجارة جائزاً).

(٢) المذهب: ١٣/٢ .

(٣) سورة النساء: الآية رقم : ٦ .

كتاب الوكالة^(١)

١٠٨٠ - مسألة: تصح وكالة الحاضر من غير رضا خصمه، وهو اختيار الخرقى، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا تصح إلا برضاه، أو يكون مريضاً فيعذر^(٣). دليلنا: أن من لزمه توكيل خصمه إذا كان غائباً لزمه إن كان حاضراً، كما لو كان الموكل مريضاً، ولأن أبا حنيفة قد قال: الوكالة صحيحة، ولهذا إذا رضي الخصم لم يحتج إلى استئناف العقد فنقول: من لا يعتبر رضاه في انعقادها لا يعتبر في لزومها كالأجنبي.

١٠٨١ - مسألة: ينزل الوكيل وإن لم يعلم بالعزل، وهو اختيار الخرقى، وفيه رواية أخرى: لا ينزل^(٤)، وقال أبو حنيفة: لا ينزل قبل العلم، وينزل بمجرد

(١) الوكالة: بكسر الواو وفتحها. تطلق لغة على معنيين:

(أ) التفويض: يقال وكل أمره إلى فلان، فوضه إليه، ومنه قوله تعالى: ﴿ومن يتوكل على الله فهو حسبه﴾.

(ب) الحفظ: ومنه قوله تعالى: ﴿وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل﴾. انظر: المصباح المنير. أما عند الفقهاء: فهي تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله. انظر: مغني المحتاج: ٢١٧/٢.

(٢) جاء في المغني: ٨٩/٥: (ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها، والمحاكمة فيها، حاضراً كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، والشافعي، لأنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئابة فيه بغير رضا خصمه كحال غيبته ومرضه.. ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم. وقال أبو حنيفة: للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً..).

(٣) عند أبي حنيفة - رحمه الله - : (لا يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسافة سفر.. وخالفه الصحابان، وأجاز التوكيل بغير رضا الخصم مطلقاً). انظر: بدائع الصنائع: ٣٤٥٠/٧، والمبسوط: ٨/١٩.

(٤) جاء في الكافي: ٢٥١/٢: (أو عزل الوكيل.. فل ينزل قبله علمه؟ فيه روايتان: إحداهما: ينزل لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه، فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق، والثانية: لا ينزل، لأنه أمر فلا يسقط قبل علمه بالنهي كأمر الشارع). انظر: المهذب: ١٧٧/٢، والوجيز: ١٩٣/١.

الموت^(١)، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٢)، وعن أصحاب مالك : كالمذهبيين^(٣).
دليلنا: أن ما أبطل الوكالة مع العلم أبطلها قبل العلم كالموت، وكما لو وكله في عتق عبد فأعتقه.

١٠٨٢ - مسألة: يصح فسخ الوكيل للوكالة في غيبة من الموكل، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه فسخ عقد لا يفتقر إلى رضا أحد المتعاقدين فلا يفتقر إلى حضوره كالوكيل، ولأنه أحد المتعاقدين فلا يقف الفسخ على حضوره كالوكيل، ولأنه عقد جائز أشبه الشركة والمضاربة.

١٠٨٣ - مسألة: إقرار الوكيل على موكله لا يصح^(٥)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن من لا يصح إقراره في غير مجلس الحكم لا يصح على موكله كما لو نهاه وكالأجنبي، ولأنه إنما وكله في الخصومة والإقرار يمنع الخصومة ويضادها، ولأنه لا يصح يمينه فهو كالوصي.

(١) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٣٠/٣: (ولكن لا بد من علم الوكيل أو حضرته حتى يصح عزله، حتى لا يؤدي إلى الغرور في حقه.. وإذا بلغ الوكيل الخبر بالعزل بالكتابة أو بالرسالة ينزل بلا خلاف).

(٢) جاء في المذهب: ١٧٧/٢: (وإن وكل رجلاً في تصرف ثم عزله ولم يعلم الوكيل بالعزل ففيه قولان: أحدهما: لا ينزل، فإن تصرف صح تصرفه، لأنه أمر فلا يسقط حكمه قبل العلم بالنهي كأمر صاحب الشرع. والثاني: أنه ينزل فإن تصرف لم ينفذ تصرفه لأنه قطع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى علمه كالطلاق).

(٣) جاء في بداية المجتهد: ١٠٦/٤: (كما تنفسخ بالعزل.. فمتى يكون الوكيل معزولاً في المذهب ثلاثة أقوال:

(أ) أنها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل.

(ب) أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم.

(ج) أنها تنفسخ في حق عامل الوكيل بعلم الوكيل..).

(٤) جاء في المغني: ١٢٣/٥ ما ملخصه: (أن الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه، لأنه أذن في التصرف، فكان لكل واحد منهما إبطاله... وإن عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بحضرة الموكل..).

(٥) جاء في المستوعب: ٢٨٦/٢: (ولا يصح إقرار الوكيل على موكله لا عند الحاكم ولا عند غيره ولا صلحه عنه).

١٠٨٤ - مسألة: إذا كان الوكيل صبيّاً مميّزاً صح تصرفه^(١)، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يصح، وإليه ذهب ابن نصر المالكي وقال: لا نعرف عن صاحبنا فيه نصّاً، وقد حكى أبو بكر من أصحابنا عن أحمد: إذا وكل الصبي في الطلاق لا يطلق حتى يبلغ واختاره. دليلنا: أنه يعقل الوكالة أشبه البالغ.

١٠٨٥ - مسألة: إذا باع الوكيل بدون عوض المثل مما لا يتغابن بمثله، فالبيع صحيح ويغرم الوكيل الزيادة^(٢)، وقال أبو حنيفة: البيع صحيح ولا غرم^(٣)، وقال أكثرهم: البيع باطل، فالكلام في فصلين؛ أحدهما: صحة البيع، والثاني: وجوب الغرم^(٤)، فالدلالة على أنه لا يبطل أن المريض إذا باع بدون عوض المثل لم يبطل من أصله، كذلك هاهنا، والدلالة على أنه يغرم أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى عوض المثل كالتوكيل في الشراء.

(١) قال ابن قدامة: ١٩٨/٧: (وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي، لأنه مما يصح تصرفه)

(٢) الكافي: ٢٤٥/٢ جاء فيه: (فإن باع بأقل من ثمن المثل، أو بأقل مما قدر له، فعن الإمام أحمد: البيع باطل، لأنه غير مأذون فيه.. وعنه يصح ويضمن الوكيل النقص، لأنه فوته، ويصح البيع، لأن الضرر يؤول بالتضمنين، ولا عبرة بما يتغابن الناس به، لأنه لا يمكن التحرز عنه.. وهل يلزم الوكيل جميع النقص أم ما بين يتغابن الناس به، ولما يتغابنون به..؟ على وجهين). وجاء في المستوعب: ٢٧٩/٢: (فإن باعه بدون ثمن المثل، أو بدون ما قدره له الموكل صح البيع وضمن النقصان. نص عليه).

(٣) يرى أبو حنيفة: أن الوكيل المطلق، يملك البيع بما عز وهان، وبأي ثمن كان بالنقد أو النسيئة، لأنه لما وكله بالبيع مطلقاً جعل البيع مملوكاً له، ولو باع ما يساوي ألفاً بمائة فقد تصرف فيما هو مملوك له، لأن البيع بمائة يسمى بيتاً، وقد أتى به فوجب أن يصح. انظر: بدائع الصنائع: ٣٤٦٣/٧، والمبسوط: ٣٦١/١٩، ومختصر الطحاوي: ص ١١١.

(٤) جاء في المهذب: ١٧٢/٢: (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع بدون ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن، لأنه منهي عن الإضرار بالموكل مأمور بالنصح له، وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع إضرار).

فصل : فإن باع نسيئة^(١) [^(٢) لا يجوز^(٣)]، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة^(٥) [ويكون بنقد البلد، وبه قال أكثرهم^(٦)]، وقال أبو حنيفة : يصح بالنقد وبالعروض.^(٧) دليلنا : أنه باعه بغير نقد البلد في وكالة مطلقة فلا تصح كما لو باعه بسكنى داره.

١٠٨٦ - مسألة : إذا وكله في شراء عبد، فاشتري عبداً أعمى أو مقطوع اليدين والرجلين، لزم في حق الوكيل^(٨)، وبه قال الشافعي^(٩)، وقال أبو حنيفة : يلزم الموكل.^(١٠) دليلنا : أن إطلاق العبد يقتضي السلامة، ولهذا يجب الفسخ بظهوره على هذه الأشياء فوجب حمله على إطلاقه، ولأن المقصود الانتفاع بالعبد وهذا يعدم ها هنا.

(١) بياض في النسختين.

(٢) ما بين المعكوفين من عندنا طبقاً للمنهج الذي سلكه المؤلف.

(٣) جاء في كشف القناع : ٤٧٤/٣ : (ولا يصح أن يبيع الوكيل نساً أي بضمن مؤجل).

(٤) جاء في حلية العلماء : ٦٦٤/٢ : (ولا يجوز للوكيل أن يبيع حالاً.. وقال أبو حنيفة : يبيع بأي ثمن شاء حالاً ومؤجلاً).

(٥) جاء في تحفة الفقهاء : ٢٣٤/٣ : (الوكيل بالبيع مطلقاً له أن يبيع بأي ثمن كان، وسواء أكان الثمن عيناً أو ديناً).

(٦) جاء في الممتع : ٣٦٢/٣ : (ولا يجوز أن يبيع مال موكله نساً، ولا بغير نقد البلد على المذهب، فلأن الوكيل لو باع بنفسه وأطلق التصرف إلى الحال وإلى نقد البلد، فكذلك إذا وكل وجب أن تنصرف الوكالة إليهما، وإذا انصرفت إليهما لم يملك الوكيل التصرف بغيرهما).

(٧) انظر : تحفة الفقهاء : ٢٣٤/٣.

(٨) جاء في المستوعب : ٢٧٩/٢ : (فإن وكله في شراء موصوف عبد معين لم يجز أن يشتريه إلا سليماً، فإن اشتراه معيباً بأن اشتري له عبداً أعمى أو أقطع، لزم الوكيل دون الموكل).

(٩) جاء في المهذب : ١٦٩/٢ : (وإن وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشتري معيباً، لأن إطلاق البيع يقتضي السلامة من العيب.. فإذا اشتراه وهو يعلم أنه معيب لم يصح الشراء للموكل، لأنه اشتري له ما لم يأذن فيه فلم يصح).

(١٠) جاء في مختصر اختلاف العلماء : ٧٦/٤ : (قال أبو حنيفة : إذا وكله أن يشتري له جارية فاشترها عمية، أو مقطوعة اليدين جاز على الأمر.. وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز. وقال مالك : ما كان من العيوب مفسداً لم يجز على الأمر). انظر : المبسوط : ٣٩/١٩، والكافي لابن عبد البر : ص ٣٩٧.

فصل: فإن وكله في بيع عبد فباع نصفه، لم يصح البيع^(١)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه تبعض فيما فيه ضرر أشبه إذا وكله في شراء عبد فاشتري نصفه.

١٠٨٧ - **مسألة:** إذا أبرأ الوكيل المشتري من الثمن لم يبرأ^(٢)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: أنه أبرأ من دين الغير بغير إذنه، فلا يصح كما لو أبرأ من جميع ديونه.

١٠٨٨ - **مسألة:** حقوق العقد تتعلق بالموكل دون الوكيل، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة: بالوكيل^(٥)، والحقوق تسليم الثمن، وقبض المبيع، وضمان الدرك، والرد بالعيب. دليلنا: أنه ثابت عن غيره فهو كالوصي وأمين الحاكم والوكيل في النكاح والطلاق والخلع.

(١) ذكر المؤلف جزءاً من المسألة ولم يذكر الباقي، مما ترتب عليه لبس .. وتوضح المسألة كما يلي:

(أ) إن وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثلث الكل جاز.
(ب) إن وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بأقل منها لم يصح، وإن وكله مطلقاً فباع عبده بأقل من ثمن الكل لم يجز، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد... قال أبو حنيفة: يجوز فيما إذا أطلق الوكالة. انظر: المغني: ١٧٠/٥.

(٢) جاء في الكافي: ٢٤٢٣/٢: (وإذا وكله في البيع لم يملك الإبراء من ثمنه). وجاء في المستوعب: ٢٨٠/٢: (فإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه ولا الإبراء منه، فإن تعذر قبض الثمن من المشتري فلا ضمان على الوكيل...).

(٣) تحفة الفقهاء: ٢٣٥/٣.

(٤) جاء في المغني: ١٤١/٥: (وإذا اشترى الوكيل للموكل شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل، لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل).

(٥) ملخص مذهب الحنفية:

(أ) أن ما لا يحتاج إلى إضافة العقد إلى الموكل ويكتفى بالإضافة إلى نفسه كالببيعات، فإن الحقوق ترجع إلى الوكيل.

(ب) أن ما يحتاج إلى الإضافة إلى الموكل فالحقوق ترجع إلى الموكل.

انظر: تحفة الفقهاء: ٣٢٥/٣ وما بعدها.

١٠٨٩ - مسألة: الملك ينتقل من البائع إلى الموكل^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبوحنيفة: ينتقل إلى الوكيل ثم منه إلى الموكل، وفائدة ذلك أنه عندهم إذا وكل المسلم ذمياً في شراء خمر أو خنزير صح الشراء وملكه الوكيل ثم ينتقل إليه. دليلنا: ما تقدم أنه ثابت عن غيره فهو كالوصي وأمين الحاكم والوكيل في النكاح والطلاق، ولأن الخمر عين لا يملكها بنفسه، فلا يملكها بوكيله كنكاح المجوسية.

١٠٩٠ - مسألة: إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشتري شاتين بدينار، كل واحدة تساوي دينار، فالبيع لازم في الجميع^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا يلزم الموكل إلا شاة بنصف دينار، ويلزم الوكيل الأخرى بالنصف الآخر، وعن الشافعي كمذهبنا^(٣)، وعنه يلزمه شاة وهو في الأخرى بالخيار. دليلنا: ما روي عن عروة بن أبي الجعد البارقى قال: «عرض لرسول الله ﷺ جلب^(٤) فأعطاني ديناراً وقال لي أت بالجلب فاشتري لنا شاة، فأتيت بالجلب فساومت صاحبه فاشتريت منه شاتين بدينار، فلقيني رجل فبعت إحداهما بدينار، وجئت إلى

(١) جاء في المستوعب: ٢٨٦/٢: (وكذلك، ينتقل الملك إلى الموكل دون الوكيل في النكاح والبيع وغير ذلك. فعلى هذا لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر أو خنزير لم يصح التوكيل، ولا الشراء سواء قلنا الخمر مال لهم أو ليست لهم).

(٢) جاء في المغني: ١٣٩/٥: (وإن وكله في شراء شاة بدينار فاشتري شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع للموكل.. وإن كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو إحداهما، والأخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل.. وهذا المشهور من مذهب الحنفية، وقال أبو حنيفة: يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار، والأخرى للوكيل.. انظر: الممتع: ٣٦٥/٣.

(٣) جاء في حلية العلماء: ٦٦٧/٢: فإن دفع ديناراً وقال: اشتر لي شاة، فاشتري شاتين تساوي كل واحدة منهما ديناراً في الذمة، ففيه قولان: أحدهما: الجميع يقع للموكل. والثاني: أنه يقع للموكل شاة وللوكيل شاة وهو قول أبي حنيفة).

(٤) الجلب: ما جلب من خيل وإبل ومتاع. انظر: لسان العرب مادة (جلب): ٢٦٨/١.

النبي ﷺ فقلت : هذه شاتكم وهذا ديناركم. فقال لي : كيف فعلت ؟ فأخبرته. فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك^(١)، ولأنه أتى بالمأمور وزيادة خير من جنسه فلزمه الأمر كما لو قال : بع بدينار فباعها بدينارين.

١٠٩١ - مسألة: لا يجوز للوكيل أن يبتاع لنفسه من نفسه، وبه قال أكثرهم^(٢)

وفي رواية أخرى : أنه يجوز، وبه قال مالك^(٣)، إلا أننا نشترط أن يدفعها إلى غيره ليوجب له أو يزيد على ثمن مثلها، ومالك يشترط الزيادة على عوض المثل. دليلنا: أنه قائم مقام موكله ثم ذلك لا يبتاع لنفسه بنفسه كذلك هاهنا، ولأنه لو أراد ذلك لقال : بعثك، فلو قال بعها عدل عنه فصار كأنه قال : بعها من زيد فباعها من عمرو.

١٠٩٢ - مسألة: يجوز للوكيل استيفاء الحدود بغيبة من موكله، وبه قال أكثرهم^(٤)

خلافاً لأبي حنيفة^(٥)، وقد حكاه أبو بكر عن بعض أصحابنا. دليلنا: أن كل حق جاز أن يستوفيه مع حضوره جاز مع غيبته كالدين.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٣٣٢/٣، وأخرجه ابن ماجه في سننه: ٨٠٣/٢، وأخرجه الترمذي في جامعه: ٥٥٩/٣، وأخرجه أبو داود في سننه: ٢٥٦/٣.

(٢) جاء في الكافي: ٢٥٢/٢: (وليس للوكيل في بيع شيء لنفسه، ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه، لأن العرف في العقد أن يعقد مع غيره فحمل التوكيل عليه، ولأنه تلحقه تهمة ويتنافى الفرضان فلم يجز كما لو نهاه .. وعنه: يجوز، لأنه امثل أمره وحصل غرضه). انظر: حلية العلماء: ٦٦٢/٢.

(٣) جاء في بداية المجتهد: ١٠٦/٤: (إذا وكل على بيع شيء .. هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ..؟ فقال مالك: يجوز، وقد قيل عنه: لا يجوز .. وقال الشافعي: لا يجوز).

(٤) جاء في المستع: ٢٩٩/٣: (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته إلا انقصاص وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته .. لأنه يحتمل أن يعفو عنه في حال غيبته فيسقط، وهذه شبهة تمنع من استيفائه، ولأن العفو مندوب إليه فإذا أحضر جاز أن يرحمه فيعفو عنه).

(٥) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٢٨/٣: (وأما في القصاص إن كان الولي حاضراً يجوز، وإن كان غائباً لا يجوز لاحتمال العفو).

١٠٩٣ - مسألة: إذا وكله في بيع فاسد لم يصح أن يبيع صحيحاً^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: يملك بذلك بيعاً صحيحاً. دليلنا: أنه وكله في بيع فاسد أشبهه إذا وكله في بيع عبده بخمر أو خنزير فباع بغيرهما.

١٠٩٤ - مسألة: يصح تعليق الوكالة بالشرط^(٢) لقدم زيد ومجيئ الشهر، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي، ولا نختلف أنه إذا باع نقد يصرفه وإنما فائدة الخلاف أن كان قد سمى للوكيل جعلاً استحقه وعندهم يستحق أجره المثل. دليلنا: أنه أذن في التصرف أشبه الوصية والإمارة وإباحة الطعام.

١٠٩٥ - مسألة: إذا أقر بحق الغائب وأن فلاناً وكيله، لم يلزمه تسليمه إليه، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة: يجبر على تسليم الدين، وفي العين روايتان. دليلنا: أن الوكالة لم تثبت في حق الموكل لأنه لو حضر وأنكر لكان القول قوله فلا يلزم التسليم كما لو أنكر وكالته، ولأنه دفع غير مبرئ أشبهه إذا قال: لأبي هذا الصبي ألف درهم وهذا وصية.

فصل: فإن أنكر الوكالة لم يلزمه اليمين^(٤)، وبه قال الشافعي خلافاً

(١) جاء في المستوعب: ٢٨٣/٢: (فإن وكله أن يبيع بيعاً فاسداً فباع بيعاً صحيحاً لم يصح لمخالفة الأمر).

(٢) هذه المسألة حدث فيها خلاف كبير.. فيرى جمهور الفقهاء أن الوكالة تصح أن تكون معلقة.. بينما يرى الشافعي ومن معه أنها لا تصح أن تكون معلقة.. جاء في حلية العلماء: ٦٦٠/٢: (ولا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل، وقيل: يجوز، وهو قول أبي حنيفة).

(٣) جاء في المذهب: ١٧٦/٢: (وإن كان عليه حق لرجل، فجاء رجل وادعى أنه وكيل صاحب الحق في قبضه وصدقه، جاز أن يدفع إليه ولا يجب الدفع... وقال المزني: يجب الدفع إليه، لأنه أقر له بحق القبض). انظر: حلية العلماء: ٦٦٨/٢ وجاء فيه: (ويجب عليه الدفع، وهو قول أبي حنيفة).

(٤) جاء في المستوعب: ٢٩٠/٢: (فإن قال وكلتني أن أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك، فقال الرجل: ما وكلتك. فالقول قوله أنه لم يوكله من غير يمين نص عليه في رواية أبي طالب).

لأبي حنيفة، وهذه المسألة مبنية على ما تقدم، وأن بالإقرار لا يلزمه التسليم، فبالإنكار لا يحلف.

فصل: فإن صدقه ودفع إليه ثم حضر صاحب الحق وأنكر الوكالة، فالقول قوله، ويطالب للمقر بالدين^(١)، وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم: يطالب من شاء منهما وأيهما طالب لم يرجع على صاحبه. دليلنا: أن الوكيل لا يخلو إما أن يكون صادقاً أو كاذباً، فإن كان صادقاً فلا ضمان عليه، وإن كان كاذباً فقد قبض ملك الدافع فلا يجب أن يطالبه غيره لم يبق إلا أن يطالب من كان عليه الحق ولا يشبه هذا إذا كان المقبوض وديعة أن له أن يطالب أيهما شاء العين ملك له.

١٠٩٦ - مسألة: يجوز للحاكم أن يسمع البينة ويثبت وكالة حاضر بمطالبة الغائب. وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يحكم بهذه الوكالة مع غيبة الذي عليه الحق بناءً على أنه لا يقضى على الغائب.

١٠٩٧ - مسألة: إذا كان وكل نفسين في الخصومة لم يجز لأحدهما الانفراد بها^(٢)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه لم يرض إلا بهما فهو كما لو وكلهما في البيع والشراء.

فصل: لحق الوكيل بدار الحرب بعد رده لا تبطل الوكالة^(٣) خلافاً

(١) جاء في المستوعب: ٢٩١/٢: (وإن صدقه فهو مخير بين الدفع إليه وبين أن لا يدفع، فإن دفع إليه فجاء صاحب الحق فأنكر الوكالة وحلف وجب الضمان على الدافع خاصة إذا كان الحق دماً...).

(٢) جاء في الممتع: ٣٦٠/٣: (وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف، لأن الموكل لم يرض بتصرف أحدهما منفرداً بدليل إضافة الغير إليه... إلا أن يجعل ذلك إليه، لأنه مأذون فيه، أشبه الوكيل الواحد). انظر: المغني: ٩٧/٥.

(٣) جاء في المغني: ١٢٦/٥: (وإن وكل مسلماً فارتد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة: إن لحق بدار الحرب بطلت وكالته، لأنه صار منهم). انظر: الكافي: ٢٥١/٢.

لأبي حنيفة^(١)، وهذا بناءً على أصل أن الردة لا تزيل الأملاك، وعنده تزيل بمثابة الموت.

١٠٩٨ - مسألة: إذا كانت دعوى الدين من وكيل صاحب الحق فأقام المشهود عليه بالحق البينة بالبراءة يحكم بها^(٢)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقبل وتسقط المطالبة في الحال. دليلنا: أن الوكيل قائم مقام الموكل ثم هناك تسقط الحكومة كذلك هاهنا.

١٠٩٩ - مسألة: الوكيل في الخصومة لا يَكُونُ وكيلًا في القبض^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: أنهما معنيان مختلفان فهو كما لو وكله في القبض لا يكون وكيلًا في الخصومة.

١١٠٠ - مسألة: إذا شهد سيد الأمة على زوجها أنه وكل في طلاقها، لم يقبل، وقال أبو يوسف: يقبل إذا لم تدع الأمة الطلاق. دليلنا: أنهما يثبتان حقاً لهما أشبه إذا ادعت الطلاق.

١١٠١ - مسألة: الوكالة لا تثبت بخبر الواحد لمن غلب على ظنه صدقه^(٥)

(١) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٣٦/٣: (وإن ارتد الوكيل، توقفت الوكالة، فإن أسلم جاز، وإن قفل على رده، أو لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بلحاقه تبطل، وعندهما جائزة .. وأصل المسألة: أن تصرف المرتد موقوف عنده، وعندنا نافذة .. فإن رجع مسلماً عاد إلى وكالته عند محمد، وعند أبي يوسف: لا يعود).

(٢) انظر: الكافي: ٢٤٩/٢.

(٣) جاء في الكافي: ٢٤٣/٢: (فإن وكله في تثبيت حق لم يملك قبضه، لأنه لم يتناوله النطق ولا العرف، فإنه قد يرضى للتثبيت من لا يأمنه في القبض)، وانظر: الممتع: ٣٠٧/٣.

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٢٩/٣: (والوكيل بالخصومة - في مال - إذا قضى القاضي بالمال .. هل يملك القبض ..؟ فعندنا يملك، وعند زفر لا يملك. وأما الوكيل بقبض الدين فهل يملك الخصومة في إثبات الدين إذا أنكر الغريم ..؟ يملك وعندهما لا يملك ..).

(٥) جاء في المغني: ١٤٤/٥: (ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد، وبهذا قال الشافعي .. وقال أبو حنيفة: تثبت الوكالة بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة، ويجوز التصرف للمخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق المخبر بشرط الضمان إن أنكر الموكل).

تصرف بشرط الضمان، وهكذا إن أخبره واحد بالعزل لم ينعزل، وقال أبوحنيفة : يثبت بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة، وكذلك العزل يثبت برسول وإن لم يكن عدلاً، وإن كان مخبر غير رسول يحتاج إلى رجلين أو واحد عدل. دليلنا: أنه إنما يجوز التصرف إذا وقع في نفسه صدقة، فلو قلنا لا ضمان كان متهماً في ذلك، لأن صاحب المال قد ينكر ولا حجة تثبت بها الوكالة، فإذا قلنا: قوله في تصديق الرسول كان شاهداً لنفسه وهذا لا يجوز، كما لو ادعى لنفسه الوكالة، وعكسه إذا قامت بينة.

كتاب الإقرار^(١)

- ١١٠٢ - مسألة: يصح إقرار الصبي المأذون له في التجارة، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي.^(٢) دليلنا: أنه مميز فأشبهه البالغ، ولأنه أحد نوعي الحجر فلا يكون منه ما يصح فيه الإقرار كالحجر لحق غيره وهو العبد والمفلس والتعليل للحجر في حق غير المكلف، ونقيس على حجر في حق المكلف.
- ١١٠٣ - مسألة: إذا قال علي مال عظيم، رجع في تفسيره إليه، ذكره ابن حامد^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يقبل في أقل من نصاب الزكاة^(٤)، وعن أصحاب مالك كالمذهبيين، وعنهم نصاب السرقة.

(١) الإقرار: لغة: الاعتراف والإثبات. يقال: قرّ الشيء إذا ثبت، وأقر بالشيء إذا اعترف به. انظر: المصباح المنير، ومختار الصحاح مادة (قر).

وشرعاً: إخبار بحق لغيره على نفسه .. انظر: نهاية المحتاج: ٦٤/٥.

(٢) هذه المسألة وقع الخلاف فيها على قولين:

- (أ) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن إقرار الصبي المأذون له في التجارة يصح إقراره .. لأنه وإن كان ممنوعاً من التصرف إلا أن وليه لما أذن له علم هدايته إلى التصرف فصح إقراره ..
- (ب) ذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز إقرار الصبي سواء أذن له أم لا، لأنه ليس بأهل للإقرار في حق نفسه .. ولأن الأذن لا بصيره أهلاً.

انظر هذه المسألة في: المبسوط: ١٦٩/١٧، واللباب في شرح الكتاب: ٧٦/٢، والأم: ٢٣٥/٣، والمهذب: ٤٧٠/٣ حيث جاء فيه: (ولا يصح الإقرار إلا من بالغ عاقل مختار، فأما الصبي والمجنون فلا يصح إقرارهما لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»، ولأنه التزام حق بالقول فلم يصح من الصبي ..)

(٣) جاء في المغني: ١٩٠/٥: (وقال أصحابنا: يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي).

(٤) ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يقبل أقل من عشرة .. فقد جاء في تحفة الفقهاء: ١٩٧/٣: (ولو قال: على مال عظيم أو كثير أو كبير، فعليه مائتا درهم بلا خلاف عند بعضهم، وقيل: على قول أبي حنيفة: يقع على العشرة .. وقيل: يعتبر حال المقر؟. انظر هذه المسألة في حاشية ابن عابدين: ٥٩١/٥، ونهاية المحتاج: ٨٨/٥، والأم: ٢٣٧/٣).

دليلنا: أنه لفظ مجمل فرجع في تفسيره إلى مجمله كألفاظ صاحب الشريعة، ولأن قوله عظيم يحتمل أن يكون لكثرتة في دار الدنيا ويحتمل لأن له من الله طالب فرجع إليه فيه.

١١٠٤ - مسألة: فإن أقر بدراهم فأقلها ثلاثة^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: عشرة. دليلنا: ما تقدم من القياس على لفظ صاحب الشريعة، ولأن كل ما فسر به الدراهم فسر به الدراهم الكثيرة كالعشرة.

١١٠٥ - مسألة: إذا قال له: علي ألف ودرهم، أو ألف ودينار، كان المبهم من جنس المفسر، ذكره ابن حامد^(٢)، ولم يفصل بين أن يكون المفسر مما يثبت في الذمة أو لا يثبت، وقال مالك والشافعي: يرجع إليه في تفسير المبهم، وهو اختيار أبي الحسن التميمي، وقال أبو حنيفة: إن كان الإقرار بالمفسر مما يثبت في الذمة كالملك والموزون، كان المبهم من جنسه، وإن لم يكن مما يثبت في الذمة فمقولهما وجه قول ابن حامد: أن حروف العطف تقتضي المساواة بين الشيئين، كما تقتضيه التثنية، فوجب أن يحمل عليه ما لم يمنع مانع، وأيضاً فإنه أقر بقدر من جنس ما هو مال عطفه على جنس مبهم فكان الجميع من جنسه كما لو قال له: مائة وخمسون درهماً، أو على أبي حنيفة إذا كان المفسر ما يثبت في الذمة.

١١٠٦ - مسألة: إذا أقر بشيء، أو استثنى من غير جنسه لم يصح الاستثناء^(٣)،

(١) قال ابن قدامة: وإن قال: له عليّ دراهم لزمه ثلاثة، لأنها الجمع، وإن قال: له عليّ دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة، لزمه ثلاثة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يقبل تفسيره بدون العشرة، لأنها أقل جمع الكثرة. انظر: المغني: ٢٨٩/٧.

(٢) جاء في المستوعب: ٤٧١/٣: (فإن فسر بأجناس قبل منه، وإن قال: له عليّ ألف ودرهم أو ألف ودينار. فقال ابن حامد والقاضي: يكون الجميع من جنس المفسر فيلزمه ألف درهم ودرهم...).

(٣) جاء في الحاشي: ٥٧٨/٤: (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس ولا من غير النوع، فلو قال له: عليّ عشرة دراهم إلا ثوباً لزمته العشرة). وانظر: المغني: ١١٢/٥، والإنصاف: ١٨٢/١٢، ومختصر الطحاوي: ص ١١٤.

وقال أكثرهم : يصح^(١)، إلا أن أبا حنيفة وافقنا إذا كان استثناءً مما لا يثبت في الذمة^(٢). دليلنا : أن الاستثناء إخراج ما لولاه كان داخلاً تحت اللفظ، والذي دخل تحت اللفظ الجنس لا غيره، فأشبهه التخصيص.

١١٠٧- مسألة : إذا أقر بشيء واستثنى الأكثر لم يصح، ذكره الخرقى وأبو بكر، وقد نص أحمد في استثناء طلقيتين من ثلاثة لا يصح^(٣)، وقال أكثرهم : يصح^(٤). دليلنا : أن الاستثناء لغة ولم يأت في لغتهم جوازه بل ذمه. قال الزجاج في معاني القرآن في قوله : ﴿ فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً ﴾^(٥)، أنه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير، وإذا كان كذلك لم يكن استثناءً صحيحاً.

١١٠٨- مسألة : إذا أقر بسكين في قراب، أو تمر في جراب، أو ثوب في منديل، كان إقراراً بأحدهما دون الآخر، ذكره ابن حامد، وبه قال أكثرهم^(٦).

(٢) جاء في المذهب : ٤٨٠٠/٣ : (وإن قال له علي ألف درهم إلا ثوباً، وقيمة الثوب دون المائة، لزمه الباقي، لأن الاستثناء من غير جنس المستثنى منه لغة العرب، والدليل عليه قوله تعالى : ﴿ فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس ﴾. سورة الحجر، آية : ٣٠، فاستثنى إبليس من الملائكة وليس منهم). انظر : شرح الحطاب : ٥٤١/٥، جواهر الإكليل : ١٣٧/٢، روضة الطالبين : ٤٠٧/٤.

(٢) جاء في مختصر اختلاف الفقهاء : ٢١٤/٤ : (قال أبو حنيفة، وأبو يوسف : يصح استثناء ما يكال أو يوزن أو يعد من الإقرار من جنسه وغير جنسه، وإن استثنى غير ذلك لم يصح).

(٣) جاء في الكافي : ٥٧٧/٤ : (ولا يصح استثناء أكثر من النصف، لأنه ليس من لسانهم، قال أبو اسحاق الزجاج : لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير.. وفي استثناء النصف وجهان : أحدهما : يصح، لأنه ليس بالأكثر، والثاني : لا يصح، لأنه لم يأت في لسانهم إلا في القليل من الكثير).

(٤) جاء في تحفة الفقهاء : ١٩٨/٣ : (ولو قال لفلان علي عشرة إلا سبعة، يلزمه ثلاثة، لأن الاستثناء تكلم بالباقي).

(٥) سورة العنكبوت : الآية رقم : ١٤.

(٦) جاء في الكافي : ٥٨١/٤ : (وإذا قال له : عندي تمر في جراب، أو سكين في قراب، أو دراهم في كيس أو صندوق، أو ثوب في منديل... الخ فقال ابن حامد : يكون مقراً بالمظروف وحده، لأن إقراره لم يتناول المظروف فيحتمل أنه أراد في مظروف.. وفي وجه آخر يكون مقراً بالجميع). انظر : تكملة المجموع : ٢١٩/٢٠.

وقال أبو حنيفة : بل بهما . دليلنا : أنه أقر بشيء في محله فلا يكون إقراراً بالمحل كالدابة في الاسطبل والنخلة في البستان .

١١٠٩ - مسألة : إذا قال له : علي كذا كذا درهماً ، لزمه درهم ، فإن قال كذا وكذا درهماً فاختلف أصحابنا ، فقال ابن حامد : درهم واحد^(١) ، وقال أبو الحسن التميمي : درهماً ، وذكر أن بعض الأصحاب قالوا : درهماً وشيئاً ، وقال أبو حنيفة : في المسألة الأولى أحد عشر ، وفي الثانية : أحد وعشرون^(٢) ، وقال الشافعي : في الأولى درهم ، وفي الثانية قولان أحدهما : درهم ، والثاني درهماً^(٣) . دليلنا : على أبي حنيفة أن قوله كذا وكذا إقرار بمبهم يحتمل القليل والكثير من أجناس المال ، وإنما أكد وكثره بالثاني ، فإذا قال : درهماً ، فقد فسر بدرهم فلزمه درهم ، وإذا عطف عليه بالواو فقد أقر بشيئين لدخول واو العطف ، فاحتمل أن يكون ذلك تفسيراً لهما ، واحتمل أن يكون تفسيراً لكل واحد منهما . فيكون درهماً ، فلهذا خرج على وجهين .

١١١٠ - مسألة : إذا قال عليّ كذا درهماً بالنصب ، فإنه يكون إقراراً بدرهم كما لو قال : كذا كذا درهماً^(٤) ، وإن قال : كذا درهم بالخفض لزمه بعض^(٥) درهم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : في المسألة الأولى عشرون درهماً ، وفي

(١) انظر : الكافي : ٥٦٣/٤ .

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء : ٢١١/٤ : (إذا قال : عليّ « كذا كذا » ، فعليه أحد عشر درهماً ، وإن قال : « كذا وكذا درهماً » ، فعليه أحد وعشرون درهماً) .

(٣) جاء في المهذب : ٤٧٨/٣ : (وإن قال له : علي كذا كذا درهماً لزمه درهم ، لأنه فسر المبهم به ، وإن قال له : علي كذا وكذا درهم فقد روى فيه المزني قولين : أحدهما : أنه يلزمه درهم ، والثاني : يلزمه درهماً) .

(٤) قال ابن قدامة : (وإن قال كذا درهم مرفوعاً لزمه درهم ، لأن تقديره هو درهم ، وكذلك لو قال : كذا درهماً بالنصب ويكون نصبه على التمييز) . انظر : الكافي : ٥٦١/٤ .

(٥) وإن قال : له علي كذا درهم بالجر قبل تفسيره بجزء من درهم ، لأن كذا يحتمل أن يكون جزءاً مضافاً إلى درهم) .

الثانية مائة درهم. دليلنا: أن قوله كذا كذا درهماً إقرار بعددين ثم يجب به عشرون درهماً عنده فأولى أن لا يجب بعدد واحد عشرون درهماً، لأن العددين أكثر من الواحد، وأما قوله: كذا درهم بالخفض فلا يحمل على المائة، لأن الخفض يكون كحذف المضاف وتلك لغة مشهورة، وقد يكون مراده نصف درهم وثلاث درهم فلا يحمله على الزيادة بأمر مظنون.

١١١١ - مسألة: إذا أقر بديون في مرض الموت^(١) وعليه ديون في الصحة تحاصوا^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال أبو حنيفة: يبدأ بديون الصحة^(٤) دليلنا: أنه دين لو ثبت في حال الصحة يساوي غيره، فإذا ثبت في حال المرض يساوي غيره كالمهر وكالدين الذي به بينة.

١١١٢ - مسألة: إذا قضى في مرض موته بعض غرماء الصحة دون بعض صح القضاء^(٥)، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح. دليلنا: أنه قضاء وهو من أهل القضاء، أشبه إذا قضاها.

(١) المقصود بمرض الموت: هو الحالة التي يغلب على ظن المريض فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه، وأن يتصل الموت فعلاً بهذه الحالة، سواء أكان الموت بسبب هذا المرض أم كان نتيجة سبب آخر. انظر: الفتاوى الهندية: ١٦٤/٤، ومنح الجليل: ١٩٥/٣، والمبسوط: ١٥٧/٦، ومختصر المزني: ١٧١/٢، والمدخل الفقهي للزرقا: ٨٠٣/٢. وجاء في الإقناع: ٧١٩/٢: (وإذا أقر الرجل في مرضه لأجنبي بدين أو لوارث، وعليه دين في الصحة فهما سواء).

(٢) جاء في كشاف القناع: ٤٥٥/٦: (ومن أقر في مرض موته بشيء فكإقراره في صحته، لأنه غير متهم فيه).

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٠٢/٣: (أما الإقرار في المرض، فيصح للأجنبي من جميع المال، ولا يصح للوارث إلا إذا أجاز الورثة، لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره، أما إذا ثبت بالبينة، أو مشاهدة القاضي، فهما سواء).

(٤) جاء في الممتع: ٣٩٥/٦: (وإن أقر لوارث لم يقبل إلا ببينة تشهد بالذي أقر له به، لأنه إيصال مال إلى الوارث في مرض الموت فلم يقبل بغير رضى الورثة كالهبة).

(٥) جاء في المستوعب: ٤٤٦/٣: (فإن قضى بعض غرمائه دون بعض وكان في ماله وفاء للجميع صح وإن لم يكن وفاء...).

١١١٣ - مسألة : إقرار المريض لوارثه في حال مرض موته لا يصح^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٢). دليلنا : أنه إثبات مال لورثة في مرض موته بقوله أشبه الوصية، ولأنه قال المريض محجور عليه في حق وارثه، ولهذا لا يصح تصرفه معهم في محل التصرف وهو الثلث، وإذا كان كذلك فالمحجور عليه لا يصح تصرفه.

١١١٤ - مسألة : إذا أقر لنفسين أحدهما وارث بطل في حق الوارث^(٣) خاصة ويتخرج البطلان في حقهما بناء على أن الصفقة لا تتبع، وقال أبو حنيفة : إن صدقه الأجنبي على هذه الشركة بطل في حقهما، وإن كذبه صح الإقرار للأجنبي. دليلنا : أنه إقرار لوارثه في مرض موته فلا يصح كما لو أفرد به بالإقرار، وكما لو اعترف الأجنبي بهذه الشركة.

فصل : فإن أقر لزوجته التي لم يدخل بها بدين ثم طلقها، ثم عاد عقد عليها، لم يصح الإقرار^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وقال محمد بن الحسن : يصح الإقرار. دليلنا : أن الإقرار حصل وهي وارثة وطلاقه لها لا يؤمن أن يكون على طريق الحيلة، فهو كما لو لم يطلقها.

١١١٥ - مسألة : عقود المريض مع وارثه بعوض المثل صحيحة^(٥)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : باطلة. دليلنا : أنه إذا باع بعوض المثل انتفت التهمة فصار كبيعته للأجنبي.

- (١) جاء في المستوعب : ٤٥٣/٣ : (ولا يصح إقرار المريض لوارثه إلا أن يجيزه بقية الورثة بعد وفاة المقر).
- (٢) انظر : حلية العلماء : ١٢١٤/٣.
- (٣) جاء في الممتع : ٣٩٤/٦ : (وإن أقر لوارث وأجنبي، فهل يصح في حق الأجنبي؟ على وجهين.. أما كونه يصح في حق الأجنبي لأنه لو أقر لأجنبي منفرد يصح...).
- (٤) جاء في المستوعب : ٤٤٧/٣ : (فإن أقر لها بدين أو بزيادة على مهر مثلها ثم أبانها قبل الدخول أو بعده، ثم عاد تزوجها ومات في مرضه لم يصح إقراره لها...).
- (٥) جاء في المستوعب : ٤٤٩/٣ : (وعقود المريض مع وارثه بثمن المثل جائزة. وقال أبو الخطاب : يحتمل أن لا يجوز).

١١١٠ - مسألة: لا يصح إقرار العبد بقتل العمد^(١) المأذون له في التجارة وغير المأذون، وقال أكثرهم: يصح ويؤخذ به في الحال.^(٢) دليلنا: أن من لا يصح إقراره بقتل الخطأ لا يصح بالعمد كالطفل والمجنون.

١١١١ - مسألة: إذا أقر العبد المأذون له في التجارة بما لا يتعلق بالتجارة كالقرض ورش جناية لم يصح إقراره^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه أقر بما لم يؤذن له فيه كما لو كان قبل الإذن في التجارة، ولا يلزم ديون التجارة، لأنه مأذون فيه.

فصل: فإن حجر عليه السيد ثم أقر بدين لم يقبل، وبه قال أبو يوسف [.....].^(٥)

١١١٢ - مسألة: إذا قال له درهم فدرهم، أو درهم بل درهم، لزمه درهمان^(٦)، ذكر أبو بكر الأولى وابن حامد الثانية، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وقال في الآخر: درهم واحد. دليلنا: أنه أقر بشيء عطف عليه مثله بما

(١) جاء في المغني: ١٥٢/٥: (وأما إقرار العبد بما يوجب القصاص في النفس، فالمستصوص عن أحمد أنه لا يقبل، ويتبع به بعد العتق، وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري، لأنه يسقط حق سيده بإقراره، فأشبه الإقرار بقتل الخطأ، ولأنه متهم في أن يقر لرجل ليعنفه عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده... واختار أبو الخطاب أنه يصح إقراره به وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي).

(٢) جاء في حلية العلماء: ١٢١٣/٣: (ويصح إقرار العبد بما يوجب الحد والقصاص). انظر: المذهب: ٤٧.

(٣) جاء في الكافي: ٥٧٠/٤: (وإن أقر العبد المأذون له بقرض أو أرش جناية لم يقبل، لأنه أقر بغير مأذون له فيه فلم يقبل كغير المأذون له).

(٤) انظر: المذهب: ٥٧١/٣.

(٥) ما بين المعكوفين بياض بالنسختين.

(٦) جاء في المستوعب: ٤٦٨/٣: (فإن قال له: عليّ درهم فوق درهم، أو درهم تحت درهم، أو مع درهم، أو معه درهم فدرهم، أو درهم بل درهم، أو درهم لكن درهم، ففي جميع ذلك وجهان، أحدهما: يلزمه درهمان من غير زيادة، والآخر: لا يلزمه إلا درهم واحد).

لا يوجب التمييز ولا الاستدراك، فلزمه كقوله : درهم ودرهم ولا يلزم إذا قال : درهم بل درهمان، لأن ذلك استدراك ولأن كلما لو عطف به الطلاق على الطلاق كان طلقين، كذلك إذا عطف به الإقرار على الإقرار كان درهمين إقراراً كقوله درهم ودرهم.

١١١٩ - مسألة : إذا قال له درهم فوق درهم، أو درهم تحته درهم^(١) بدرهمين، وقال أبو حنيفة : في قوله درهم فوق درهم كذهبنا تحت درهم أنه يجب به درهم واحد، وعن الشافعي قولان أحدهما : درهم، والآخر : درهمان. دليلنا : أن المفهوم من هذه العبارة زيادة درهم على درهم أشبه إذا قال : درهم ودرهم، وعلى أبي حنيفة : درهم فوقه درهم.

١١٢٠ - مسألة : إذا أقر بدرهم بموطن وبدرهم بموطن آخر، كان إقراراً بدرهم واحد^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال أبو حنيفة : بدرهمين^(٤)، وعنه رواية أخرى : إن كان في مجلس واحد فدرهم، وإن كان بمجلسين فدرهمين. دليلنا : أنه يحتمل أن يكون أراد بالثاني الأول على طريق التأكيد والإفهام، ويحتمل غيره، والأصل براءة ذمته فلا يلزمه الثاني بالشك.

(١) انظر : الممتع : ٤٤٤/٦، وحلية العلماء : ١٢١٧/٣.

(٢) جاء في الممتع : ٤٣١/٦ : (وإن أقر بألف في وقتين لزمه ألف واحد إذا لم يذكر السبب، لأنه يجوز أن يكون المقر به ثانياً هو المقر به أولاً).

(٣) جاء في المهذب : ٤٧٧/٣ : (وإن أقر بدرهم في وقت ثم أقر بدرهم في وقت آخر لزمه درهم واحد، لأنه إخبار فيجوز أن يكون ذلك خبراً عما أخبر به في الأول). وجاء في حلية العلماء : ١٢١٧/٣ : (إذا أقر بدرهم في وقت ثم أقر بدرهم آخر لزمه درهم واحد، وبه قال مالك، وأبو يوسف ومحمد .. وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان). انظر : الكافي لابن عبد البر : ٤٥٨ وما بعدها.

(٤) جاء في الأصل عن أبي حنيفة : (إن أقر بألف في موطن وبألف في موطن فهما ألفان ... وقال أبو يوسف ومحمد : هي ألف واحد). انظر : اختلاف العلماء : ٢١٣/٤، والمبسوط : ٩/١٨ وما بعدها.

١١٢ - مسألة : إذا قال لفلان علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه، وقال البائع: بل قبضته، فالقول قول المقر^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة : إن عيّنه قبل منه، وإن لم يعين المبيع فالقول قول المقر له. دليلنا: أنه فسر الإقرار بما يحتمله أشبه إذا قال له : ألف إلا خمسين.

١١٢٢ - مسألة : إذا أقر بمال لحمل صح وإن لم يبين سبب الاستحقاق، ذكره ابن حامد، وقال أبو الحسن التميمي: لا يصح^(٣)، وبه قال أبو حنيفة، وعن الشافعي كالْمذهبين.^(٤) دليلنا: أنه إقرار من جائز الأمر بما يمكن صحته، فيجب أن يحمل على الصحة كما لو أقر لطفل أو لبالغ، ووجه الإمكان الوصية له.

١١٢٣ - مسألة : إذا شهد واحد أنه أقر بألف وآخر بألفين، ثبت ألف بلا يمين والألف الأخرى بشاهد واحد، فإن حلف استحقها وسواء عزياها إلى جهة أو

(١) جاء في المغني: ١٩٤/٥: (وإن قال لك علي ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبضه، فقال المدعى عليه: بل لي عليك ألف ولا شيء لك عندي، فقال أبو الخطاب: فيه وجهان: أحدهما: القول قول المقر له، لأنه اعترف بالألف وادعى عليه مبيعاً.

والثاني: القول قول المقر. قال القاضي: هو قياس المذهب، وهو قول الشافعي وأبو يوسف، لأنه أقر بحق في مقابلة حق له، ولا ينفك أحدهما عن الآخر).

(٢) جاء في المذهب: ٤٨٣/٣ ما ملخصه: (أن إذا أقر لشخص بألف ريال مثلاً، ثم ادعى أنه ثمن مبيع لم يتم قبضه، فالحال لا يخلو من :

(أ) أن يتصل الإدعاء بالإقرار وفي تلك الحالة لم يلزمه تسليم الألف، لأن الأصل أنه لم يقبض المبيع، فلا يلزمه تسليم ما في مقابله.

(ب) وأما إذا كان الإدعاء بعد الإقرار بفترة طويلة أو قصيرة لم يقبل الإدعاء منه، لأنه لزمه الألف بإقراره فلم يقبل قوله في إسقاطه)

(٣) جاء في الكافي: ٤٧٢/٤: (وإن أقر لحمل بمال وعزاه إلى وارث، أو وصية صح، لأنه يملك بهما، وإن لم يقره، فقال ابن حامد: يصح أيضاً، وقال أبو الحسن التميمي: لا يصح، لأنه لا يثبت له الملك بغيرهما).

(٤) انظر: المبسوط: ١٩٧/١٨، والمزني: ص ١١٤.

أطلقاً^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة : لا يصح شيء من هذه الشهادة. دليلنا: أن شهادتهما اتفقتا على قدر من المال لفظاً ومعنى، أشبه إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وألف.

١١٢٤ - مسألة: إذا أقر أحد الاثنين بثالث قبل في حقه، فأخذ بثالث ما في يده^(٣) ولم يثبت النسب، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : يأخذ نصف ما في يده. وقال الشافعي: لا يصح الإقرار أصلاً.^(٤) دليلنا: أنه إقرار بحق متعلق بسبب لم يحكم ببطلانه فلزمه كقوله : بعث فلاناً سهماً وأنكر المشتري، فإن للشفيع أن يأخذ بالشفعة، وإذا أقر بدين على الميت وأنكره الآخر.

فصل: والدلالة على أنه لا يلزمه إلا التثالث أن البينةؤكد من الإقرار، لأنها تثبت النسب وتلزم الاثنين جميعاً المشاركة، ثم لو قامت البينة لم يلزم كل واحد إلا ثلث ما في يده، كذلك الإقرار.

١١٢٥ - مسألة: إذا أقر بولد، ثم جاءت أمه بعد موت المقر تدعي الزوجية لم يصدقها^(٥)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه إقرار بالولد فلا يكون إقراراً بالزوجية، كما لو لم تكن معروفة الأصل يعني بحرية.

(١) قال ابن قدامة: (إذا ادعى ألفين على رجل فشهد له شاهد بهما، وشهد له آخر بألف، تثبت له الألف بشهادتهما لاتفاقهما، ويحلف مع شاهده على الألف الأخرى، لأن له بها شاهداً، وسواء شهدت البينة بإقرار الخصم أو ثبوت الحق عليه). انظر: الكافي: ٥٥٤/٤.

(٢) جاء في المذهب: ٤٦١/٣. (إن ادعى رجل على رجل ألفين، وشهد له شاهد أنه أقر له بألف، وشهد آخر أنه أقر بألفين، تثبت له ألف بشهادتهما، لأنهما اتفقا على إثباتها).

(٣) جاء في المغني: ١٩٨/٥. (وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث، لم يثبت النسب بالإجماع، لأن النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقهما.. ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم، وقال الشافعي: لا يشاركه).

(٤) انظر: المذهب: ٤٨٥/٣.

(٥) جاء في المغني: ٢٠٦/٥ وما بعدها: (وإن أقر بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية أمه، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن كانت مشهورة بالحرة كان مقراً بزوجيتها).

١١٢٦ - مسألة: إذا أقر بعض الورثة بدين على الميت وأنكر الباقيون، لزمه من الدين بقدر حصته^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يلزمه جميع الدين.^(٢) دليلنا: أنه أقر بحق يتعلق بمال مشترك فهو كالشريك وكالإقرار بالوصية.

١١٢٧ - مسألة: إذا قال لفلان: علي ألف درهم، ثم فسرهما بالوديعة، وقال المقر له: هذه الوديعة غير الألف المقر بها فالقول قول المقر له^(٣)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: قول المقر.^(٤) دليلنا: أن قوله علي يقتضي إثبات حق في الذمة والوديعة ليست في الذمة فقد حصل التفسير بما لا يقتضيه الإقرار فلا يقبل منه.

١١٢٨ - مسألة: إذا قال: هذا الثوب لزيد لا بل لعمرو، أو قال: غصبته من زيد لا بل من عمرو، وجب دفعه إلى الأول وعليه قيمته للثاني^(٥)، وقال الشافعي: هو للأول ولا شيء للثاني^(٦)، وقال أبو حنيفة: إن كان بلفظ الغصب كما قلنا،

(١) جاء في حلية العلماء: ١٢٢٤/٣: (فإن أقر أحد الورثة بدين.. فهل يجب عليه تسليم جميعه من حصته، أو يلزمه بقدر حصته). انظر: الكافي: ٦٠١/٤، وروضة الطالبين: ٤١١/٤، والتنبيه: ص ١٦٦.

(٢) انظر: المبسوط: ٤٨/١٨، وفتح القدير: ٤٠١/٨.

(٣) جاء في الكافي: ٥٨٦/٤: (وإن قال: له علي ألف، ثم قال: وديعة، وقال المقر له: بل هي دين، فالقول قول المقر له، لأن علي للإيجاب في الذمة، والإقرار يؤخذ بظاهر اللفظ).

(٤) جاء في حلية العلماء: ١٢٢١/٣: (إذا قال لفلان: علي ألف درهم، ثم أحضر ألفاً فقال: هي هذه كانت وديعة له عندي. فقال المقر له: هذه الألف وديعة عنده، والألف التي أقر بها غيرها ففيه قولان: أحدهما: لا يقبل، والثاني: أنه يقبل).

(٥) جاء في المغني: ١٦٤/٥: (فإذا قال: هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد، ووجب عليه غرامته لعمرو، وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: لا يغرم لعمرو شيئاً، وهو قول أبي حنيفة...). انظر: تحفة الفقهاء: ٢٠٦/٣.

(٦) جاء في المذهب: ٤٨٣/٣: (وإن قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو، أو قال: غصبتها من زيد لا بل من عمرو حكم بها لزيد، لأنه أقر له بها، ولا يقبل قوله لعمرو، لأنه رجوع عن الإقرار لزيد، وهل يلزمه أن يغرم فيمته لعمرو فيه قولان...). انظر: المزني: ص ١١٣.

وإن لم يكن بلفظ الغصب وسلمه إلى الأول بحكم حاكم فلا شيء للثاني^(١).
دليلنا: أن قوله: هذا لزيد إقرار صحيح، ولهذا لو سكت عليه لزمه، فإذا قال:
لا بل لعمر وتضمن إثبات حق عليه للثاني، وقد تعذر تسليمه لتعلق حق الأول به
فوجب أن يرجع إلى قيمته ويكون أصله على أبي حنيفة إذا كان بلفظ الغصب،
وعلى الشافعي الاستدلال قائم بنفسه.

١١٢٩ - مسألة: إذا أقر أنه سلم العين الموهوبة، ثم أنكر وقال: استحلفوا
الموهوب له أنه قبض لم يكن له ذلك، وهكذا إذا أقر بتسليم الرهن ثم أنكر،
وهكذا في الثمن، وبه قال أبو حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يستحلف
المدعى عليه، وعن أحمد نحوه، وبه قال الشافعي، واختلف أصحابه: فمنهم
من أخذ بظاهره، ومنهم لم يأخذ بظاهره وهو الأشبه عندهم. دليلنا: أنه
استحلاف فيما أقر به أشبه إذا أقر بمال وقال يستحلف أنه يستحقه ولا يلزم
إذا أقر ببيع ثم ادعى التلجئة، لأنه ليس برجوع فيما أقر به وإنما يدعي صفة
دون صفة.

١١٣٠ - مسألة: إذا أقر بدين مؤجل وأنكر المقر له الأجل، فالقول قول المقر مع
يمينه^(٢)، وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه: القول قول المقر له^(٣).
دليلنا: أن التأجيل أحد صفتي الدين أشبه الحلول، لأنها صفة فيه أشبه السواد
والبياض.

(١) انظر: المبسوط: ١٠٤/١٨.

(٢) جاء في كشف القناع: ٤٧١/٦: (وإن أقر بدين مؤجل، بأن قال له: علي ألف إلى شهر
مثلاً، فأنكر المقر له قبل قول المقر في التأجيل مع يمينه حتى ولو عزا الدين إلى سبب قابل
للأمرين).

(٣) جاء في حلية العلماء: ١٢٢٢/٣: (فإن قال: علي ألف دين مؤجلة، ففيه طريقان: أحدهما:
أنه على القولين.. والثاني: يقبل قولاً واحداً).
وقال أبو حنيفة: القول قول المدعى عليه مع يمينه في نفي الأصل.

١١٣١ - مسألة : إذا أقر المكاتب بجناية خطأ لزمته، فإن عجز بيع فيها إن لم يفده المولى^(١)، وقال أبو حنيفة : يلزمه في الكتابة يسعى فيها، فإن عجز بطلت سواء قضاها حاكم أم لم يقض، وللشافعي قولان : أحدهما : كقولنا، والثاني : موقوف إن أدى لزمته، وإن عجز بطلت حتى يعتق. دليلنا : أن المكاتب في يد نفسه فجاز إقراره بالجناية كالحر، ولا يلزم المأذون له لأنه في يد مولاه، ونخص أبا حنيفة بأنه حق لزمه في كتابته بإقراره فلا يبطل بعجزه كالدين.

١١٣٢ - مسألة : إذا أقر في مرضه بألف درهم لقطة ولا مال له غيره، يصدق بجميعه، وقال أبو حنيفة : يصدق بالثلث والباقي للورثة.^(٢) دليلنا : أنه إقرار لغير وارث أشبه إذا أقر لمعين.

١١٣٣ - مسألة : إذا قال : هذا العبد شركة بيني وبين فلان، أو له فيه شركة أو شرك، رجع إلى تفسيره^(٣)، وقال أبو حنيفة : لا يقبل فيما دون النصف. دليلنا : أن الاشتراك لا يقتضي المساواة ولا يختص بشيء دون شيء بدلالة شركة العنان، وإن كان كذلك فقد فسر به بما يحتمله فقبل منه.

١١٣٤ - مسألة : إذا قال : داري أو عبدي لفلان، أو في مالي لفلان ألف درهم، لزمه ذلك، وبه قال أصحاب أبي حنيفة^(٤)، وقال أصحاب الشافعي : إذا فسر به

(١) جاء في المغني : ١٥٣/٥ : (وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة إقراره، ولو أقر بجناية خطأ صح إقراره، فإن عجز بيع فيها إن لم يفده سيده، وقال أبو حنيفة : يستسعى في الكتابة، وإن عجز بطل إقراره). الكافي : ٥٧٠/٤.

(٢) جاء في المستوعب : ٤٥٤/٣ : (فإن قال في مرض موته : هذه الألف لقطة فتصدقوا بها ولا مال له غيرها أجزأهم أن يتصدقوا بثلاثها سواء صدقوه أو كذبوه...).

(٣) جاء في الكافي : ٥٩٥/٤ : (وإن قال : له في هذا العبد شركة أو هو شركة بيننا، أو هو لي وله، وكان مقراً بجزء من العبد، يؤخذ بتفسيره، ويقبل تفسيره بالقليل والكثير، لأن اللفظ يقع عليه).

(٤) جاء في المستوعب : ٤٦١/٣ : (وكذلك لو قال : له في هذا المال ألف، أو في هذه الدار نصفها، أو في هذا العبد ثلثه، كان إقراراً صحيحاً ويلزمه تسليم ذلك، فإن قال : له في مالي أو من مالي، أو قال : له عندي هذا أو داري هذه، أو فرسي هذه، أو له في عبدي هذا نصفه وفسره بالهبة قبل منه، إلا فلا يلزمه شيء).

كما بما لا يقتضي اللزوم قبل منه نحو أن يقول : سببه هبة لم أقبضها له .
دليلنا : أنه أضافها إلى من يصح تملكه بلام التملك، أشبه إذا قال : في تركة
أبي لفلان ألف درهم .

١١٣٥ - مسألة : إذا كان له جارية فأعتقها، أو جنى عليها، أو أخذ منها مالا
واختلف، فقالت الجارية : كان ذلك بعد الحرية، وقال السيد : قبلها، فالقول
قوله^(١)، وبه قال أبو حنيفة، وقال محمد بن الحسن : بل قولها، وكذلك في كل
مستهلك، فأما إذا كان الاختلاف في موجود فالقول قول السيد .

١١٣٦ - مسألة : إذا قال لفلان عليّ مائة درهم وإلا لفلان، أو قال : لفلان مائة
درهم^(٢) وإلا لفلان مائة دينار، لزمه للأول دون الثاني، وبه قال محمد بن
الحسن، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه لواحد منهما شيء . دليلنا : أن المعروف من
هذا الكلام إنه للأول، فإن لم يكن للثاني، ولهذا لو قال : بع ثوبي من زيد وإلا
فمن عمرو، يعني عند تعذره، وإذا كان كذلك حصل للثاني بشرط أن لا يكون
للأول، فلزمه للأول باعترافه، ولم يلزمه للثاني، لأنه معلق بشرط .

١١٣٧ - مسألة : إذا أقر المريض باستيفاء ديونه قبل منه^(٣)، وقال أبو حنيفة :

(١) جاء في المستوعب : ٤٦١/٣ : (فإن أقر أنه قطع يد عتيقته، أو أنه أخذ منها مالا وهي ملكه،
فقالت : بل فعلت ذلك بعد عتقك إياي، فقال القاضي : قياس المذهب أن يكون قوله كما
لو قال : كان له عليّ ألف وقضيتها) .

(٢) جاء في المستوعب : ٤٦٢/٣ : (فإن قال لفلان عليّ مائة درهم وإلا لفلان عليّ مائة درهم،
فقال القاضي : قياس المذهب أنه يلزمه مائة للأول ومائة للثاني، كما لو قال : هذا العبد لزيد
لا بل لعمرو) .

(٣) قال الكاساني : (وأما إقرار المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فلا يخلو من أحد
وجهين : أما من وارث أو أجنبي .. فإن أقر باستيفاء دين وجب له على أجنبي ... فإن أقر
باستيفاء دين وجب له في الصحة صح ويصدق في إقراره) . وجاء في تحفة الفقهاء :
٢٠٢/٣ . (وإقرار المريض باستيفاء الدين في حالة المرض يصح) . وجاء في بدائع الصنائع :
٢٢٧/٧ : (وإن أقر باستيفاء دين وجب له على وارث لا يصح ..) .

يقبل في ديون الصحة دون ديون المرض. دليلنا: أنه إقرار لأجنبي أشبه ديون الصحة.

١١٣٨ - مسألة: إذا قال له: علي ألف إن شاء الله، لزمه الإقرار^(١)، وقد قال أبو إسحاق من أصحابنا إذا قال قبلت النكاح إن شاء الله صح النكاح، وقال أكثرهم: لا يلزم هذا الإقرار^(٢). دليلنا: أنه وصل بإقراره ما يرفعه واللفظ لا يحتمله أشبه إذا قال: ألف إلا ألف.

١١٣٩ - مسألة: إذا قال: كان له علي ألف وقضيته إياها قبل منه ولم يلزمه شيء^(٣). وهو اختيار الخرقي، وقال أبو حنيفة: يلزمه ما أقر به، وعن الشافعي كالمذهبين^(٤). دليلنا: أنه فسر الإقرار بما يحتمله أشبه إذا قال له: ألف إلا خمسين.

١١٤٠ - مسألة: إذا قال: لفلان علي ألف في علمي أو فيما أعلم، لزمه ما أقر

(١) جاء في المستوعب: ٤٦٦/٣: (فإن قال: له علي ألف إن شاء الله، صح إقراره ولم ينفعه الاستثناء نص عليه)، وجاء في كشف القناع: ٤٦٦/٦: (وإن قال له: علي ألف من شاء الله، أو في سنة الله... صح الإقرار، ولزمه ما أقر به...). وجاء في الخرشي: ٩١/٦: (لو قال: لفلان علي ألف إن شاء الله، أو قضى، فإن ذلك لا يضر بالإقرار على المشهور ويلزمه، لأنه لما نطق بالإقرار علمنا أن الله شاء).

(٢) جاء في الباب في شرح الكتاب: ٧٩/٢: (ومن أقر بحق وقال إن شاء الله متصلاً بإقراره لم يلزمه الإقرار، لأن التعليق بمشيئة الله إبطال عند محمد، وتعليق بشرط لا يوف عليه عند أبي يوسف، فكان إعداماً من الأصل).

وجاء في مغني المحتاج: ٢٥٥/٢: (ولو قال علي ألف إن شاء الله لم يلزمه شيء على المذهب).

(٣) جاء في كشف القناع: ٤٦٧/٦: (وإن قال: كان علي ألف وقضيته إياه أو أبرأني منه، أو برأت إليه، فوجب قبول قوله، ولا يلزمه شيء).

(٤) جاء في الإقناع للماوردي: ص ٢٠٠: (ومن أقر بمال وأدى قضاءه أخذ بإقراره ولم يقبل منه الإقرار).

به^(١)، وبه قال أبو يوسف^(٢)، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه شيء. دليلنا: أنه إضافة إلى عمله أشبه إذا قال أعلمها.

١١٤١ - مسألة: إذا قال : له من درهم إلى عشرة^(٣)، لزمه تسعة دراهم^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وقال محمد بن الحسن : عشرة، وقال زفر: ثمانية، وعن أصحاب الشافعي : تسعة، وعنهم ثمانية^(٥). دليلنا: أن من الابتداء وإلى للانتهاء يقول سرت من البصرة إلى الكوفة، يعني بدأ السير من البصرة وانتهاه إلى الكوفة، إلا أن الأول لا بد من إثباته حتى يبني عليه العدد، والأخير لا يحتاج إليه في ذلك، فلهذا ثبت تسعة.

١١٤٢ - مسألة: إذا أقرت المرأة بالزوجة فأنكرها الرجل، ثم اعترف بعد موتها قبل منه وورثها، وهكذا إذا أقر الرجل وكذبت المرأة^(٦)، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة في المرأة خاصة: إذا أقرت وجدها لا

(١) جاء في الممتع: ٤١٠/٦: (وإن قال: له ألف في علمي أو فيما أعلم، فقال نعم، فقد أقر بها، لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب).

(٢) جاء في المذهب: ٤٧٥/٣: (وإن قال: له عليّ في علمي كان إقراراً، لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب).

(٣) جاء في كتشاف القناع: ٤٨٤/٦: (وإن قال: له عليّ ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية، لأن ذلك ما بينهما، وكذلك وإن عرفها بالألف واللام، وإن قال: له ما بين درهم إلى عشرة، أو من درهم إلى عشرة يلزمه تسعة، لأن من الابتداء الغاية، وأول الغاية منها، أو لانتهاؤ الغاية ولا يدخل فيها كـ ﴿أتموا الصيام إلى الليل﴾). انظر: المغني: ١٧٤/٥.

(٤) جاء في المستوعب: ٤٦٧/٣: (فإن قال: له عليّ من درهم إلى عشرة لزمه عشرة في أحد الوجه، والثاني: لزمه تسعة، والثالث: يلزمه ثمانية).

(٥) جاء في حلية العلماء: ١٢١٨/٣: (فإن قال: عليّ درهم إلى عشرة، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يلزمه ثمانية. والثاني: أنه يلزمه تسعة. وحكي ذلك عن أبي حنيفة، وقال محمد: يلزمه عشرة. وحكي ابن القاضي في المفتاح عند الشافعي أنه قال: (إذا قال: له عليّ ما بين درهم إلى عشرة أنه يلزمه عشرة).

(٦) جاء في المستوعب: ٤٤٩/٣: (فإن أقر أن فلانة زوجته أو أقرت امرأة أن فلاناً زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موته ورثه).

أقبل إقراره. دليلنا: أن الزوج أحد الزوجين، فإذا أقر بعد الإنكار قبل منه وورث كالزوجة.

١١٤٣ - مسألة: إذا كان في يد رجل أمة فقالت: أنا أم ولد لزيد، أو مديرتة، أو مكاتبته، فصدقها زيد أو كذبها الذي هي في يده قبل قوله^(١)، وقال زفر: يحكم بها لزيد استحساناً. دليلنا: أنها أقرت بالرق وثبتت اليد عليها، فيجب أن لا يقبل قولها في زوال يده، كما لو أقرت أنها أمة لزيد من.

١١٤٤ - مسألة: إذا تزوجت المجهولة النسب ثم أقرت بالرق، قبل قولها في الرق ولا يقبل في زوال النكاح واسترقاق الأولاد، ولا في ولد تأتي به بعد ذلك لدون ستة أشهر^(٢)، وبه قال أبو يوسف، وقال محمد: ما تأتي به بعد ذلك حر أيضاً. دليلنا: أنه ولد أتت به بعد الحكم بالرق أشبه لو تزوجها بعد الإقرار.

(١) جاء في المستوعب: ٤٥٠/٣: (فإن كانت أمة في يد إنسان فأقرت أنها أم ولد لأخر أو مديرتة أو مكاتبته وصدقها المقر له وقال صاحب اليد: بل أنت ملكي، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه).

(٢) جاء في المستوعب: ٤٧٨/٣: (ومن تزوج مجهولة النسب فأولدها ثم أقرت بالرق لإنسان، لم يصح إقرارها على نفسها في إحدى الروايتين، والأخرى: أنه يصح إقرارها على نفسها بالرق ولا تصدق في فساد النكاح ولا رق الأولاد ولا رق حملها الذي تلده لأقل من ستة أشهر من وقت إقراره، لكنه إن أولدها بعد إقرارها أولاداً كانوا رقيقاً).

كتاب العارية^(١)

١١٤٥ - مسألة : إذا أعاره أرضاً أو غيرها، ملك المعير الرجوع قبل الانتفاع^(٢)، [وبه قال]^(٣)، وقال مالك : لا يملك في العارية المطلقة حتى ينتفع إنتفاع ما، وفي المقدرة بزمان حتى تمضي المدة.^(٤) دليلنا: أنها إباحة مجردة بدلالة أنه لا يملك المستعير الإجارة، وإذا كان كذلك أشبه إباحة أعيان ماله فإنه يملك الرجوع، كذلك ها هنا.

١١٤٦ - مسألة : العارية مضمونة وبه قال الشافعي وقال أبوحنيفة : أمانة وقال أصحاب مالك: هي كالرهن ما يغاب عليه يضمنه وما لا يغاب عليه لا يضمنه.^(٥)

(١) العارية: بالتشديد والتخفيف لغة إعارة الشيء.

وشرعاً: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه. مغني المحتاج: ٢٦٣/٢. أو: هي العين المأخوذة للانتفاع به مطلقاً بلا عوض. انظر: شرح منتهى الإرادات: ٣٩١/٢. حكم الإعارة: أنها مستحبة ولا تجب، لقول الرسول ﷺ: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك»، رواه ابن المنذر، وأخرجه الترمذي في جامعه، أبواب الزكاة، باب ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك؛ عارضة الأحودي: ٩٧/٣، وابن ماجه في سننه، كتاب الزكاة، باب ما أدى زكاته ليس بكنز: ٥٧٠/١.

(٢) جاء في الممتع: ٥٠٥/٣: (وللمعير الرجوع متى شاء ما لم يأذن في شغله، لأن المنافع المستقلة لم تحصل في يده فلا يملكها، كما لو لم تحصل العين في يده).

(٣) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٤) جاء في بداية المجتهد لابن رشد: ١٢١/٤: (وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة، أي للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء، وقال مالك في المشهور: ليس له استرجاعها قبل الانتفاع، وإن شرط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية).

(٥) اختلف الفقهاء في العارية هل هي أمانة أم مضمونة..؟

(أ) فمنهم من قال: (إنها مضمونة، وإن قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي، وأحد قولي مالك والحنابلة.. وقد استدلووا على ذلك بما روي عن النبي ﷺ: «أنه استعار أدرعاً من صفوان، فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: لا. بل عارية مؤداه»، فالنبي ﷺ جعل العارية مضمونة مردودة، وأنتم تجعلونها أمانة، فوجب أن لا تصح، ولأنه قبض مال غيره لنفع نفسه لا للوثيقة فضمنه). انظر: الأم: ٣٤٤/٣، والوجيز: ٢٠٤/١، والمنهاج: ص ٦٩.

دليلنا: قوله ﷺ : «العارية مضمونة مؤداه»^(١)، ولأنه مضمون بالرد فضمن بالإتلاف كالغصب والمقبوض على وجه السوم وكما لو كان مما يغاب عليه.

١١٤٧ - مسألة: إذا استعار دابة ثم ردها إلى الاسطبل، لم يسقط عنه ضمانها^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: أنه لم يردها إلى مالكة ولا إلى يد من يقوم مقامه أشبه إذا ردها إلى المنقطعة والغلام والأجير يبين هذان ذلك قد جرت العادة به بخلاف هذا.

١١٤٨ - مسألة: إذا أعار أرضاً عارية مطلقة^(٥) ليبنى^(٦) فيها المستعير أو يغرس للمعير إخراجها منها ويضمن قيمة البناء والغراس، أو قيمة ما نقص بالقلع إذا امتنع المستعير من تسليم بناية وإن كانت مقيدة بزمان ولم يشترط

(ب) ومنهم من قال نقيض هذا وهو (أنها ليست مضمونة أصلاً، وهو قول أبي حنيفة، وقد استدل علي ذلك بقول الرسول ﷺ : «ليس على المستعير غير المغل ضمان»)، (أخرجه الدارقطني في سننه: ٤١/٣) وانظر: المبسوط: ١٣٤/١١، والبداية: ٣٩٠٤/٨. (ج) ومنهم من قال: (يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه، ولا فيما قامت البينة على تلفه، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه). انظر: بداية المجتهد: ١٢١/٤ وما بعدها.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع في تضمين العارية، الحديث رقم ٣٥٦٢، ورواه أحمد في المسند: ٤٠١/٣.

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣٩٨/٢: (ولا يبرأ مستعير برد الدابة إلى اسطبله أو إلى غلامه أي خادمه حراً كان أو عبداً، لأنه لم يردها إلى مالكة ولا إلى نائبه فيه).

(٣) جاء في المهذب: ١٩٠/٢: (ويجب على المعير ردها إلى المعير أو وكيله، فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه لم يبرأ من الضمان، لأن ما وجب رده وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله).

(٤) انظر: بدائع الصنائع: ٣٩٠٧/٨، والمبسوط: ١٣٩/١١، وقد استدل الأحناف بأن الإنسان إذا استعار دابة إنما يردها في الموضع الذي استعار، إنما تؤخذ من الاسطبل.

(٥) تصح العارية مطلقة ومؤقتة، لأنها إباحة، أشبهت بإباحة الطعام. انظر: المغني: ٢٢٩/٥.

(٦) العارية المطلقة: هو أن يستعير شيئاً ولم يبين أنه يستعمله بنفسه أو غيره، ولم يبين كيفية الاستعمال.

القلع بعد مضيه فالحكم فيه كما لو أعاره مطلقاً^(١)، فإن شرط عليه القلع بعد مضي المدة فللمعير أن يخرج قبل ذلك بشرط ضمان ما نقص وإن كان بعد مضيتها لم يلزمه ضمان ما نقص وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إن أعاره عارية مطلقة فللمعير أن يخرج متى شاء ويقلع البناء والغراس ولا ضمان وإن كانت مدة معلومة أخرجه قبلها ويضمن بعدها بغير ضمان سواء اشترط القطع، أو لم يشترط فالكلام في فصلين: أحدهما: إذا كانت العارية مطلقة فله إخراجها بشرط الضمان، وعنده لا ضمان عليه. والثاني: إذا كانت مدة معلومة ولم يشترط بعدها القطع فعندنا عليه الضمان وعندهم لا ضمان.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»^(٣)، وهذا ليس بعرق ظالم فيجب أن يكون له حق ومن الحق أن لا يقلع على وجه يضر به، وقوله ﷺ في حديث عائشة: «من بنى في ربايع قوم بإذنهم فله قيمته»^(٤)، وهذا عام فيه إذا كان الإذن مطلقاً أو مقيداً، ولأنه بناء مأذون فيه لم يشترط قلعه فلم يجبر على قلعه بغير ضمان. دليله: إذا أذن له مدة ثم أراد قلعه قبلها.

(١) جاء في المغني: ٢٣٠/٥: (وإن أذن له في الغراس والبناء فيها فله الرجوع قبل قلعه، ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه فله ذلك، لأنه ملكه فملكه نقله، ويلزمه تسوية الحضر... وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع، أو قيمة غراسه وبنائه قائماً ليأخذه أجبر المستعير عليه، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ١٧٩/٣: (ولو استعار أرضاً على أن يبني فيها بناءً أو يغرس فيها غرساً، فإن كانت مطلقة فبني أو غرس، فلصاحب الأرض أن يستردها في أي وقت شاء، لأن العارية غير لازمة، وعلى المستعير أن يأخذ غرسه وبنائه، لأنه شغل أرض غيره ولم يرضى صاحبه بذلك).

(٣) أخرجه: أبو داود في سننه، كتاب الخراج: ١٧٨/٣، ومالك في الموطأ: ٧٤٣/٢.

(٤) -آثره الدارقطني في سننه: ٢٤٣/٤، والبيهقي في السنن الكبرى: ٩١/٦.

- ١١٤٩ - مسألة: لا يجوز للمستعير أن يعير ما استعاره^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢).
 دليلنا: أننا نبني المسألة على أصل وهو أن العارية إباحة وليست تمليك وقد
 دللنا عليه منع ذلك وإذا كان كذلك لم يملك إعارته ما لا يملكه^(٣).

- (١) جاء في الكافي: ٣٨٣/٢: (ومن استعار شيئاً، فله استيفاء نفعه بنفسه ووكيله، لأنه نائب عنه.. وليس له أن يعيره، لأنها إباحة فلا يملك بها إباحة غيره كالطعام، فإن أعاره فتلف عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء). انظر: نهاية المحتاج: ١٢٠/٥، والمهذب: ١٨٩/٢.
 (٢) لقد ذهب الحنفية إلى أن المستعير يجوز له أن يعير ما استعاره، لأن المعير لما أعاره مطلقاً فقد رضي بانتفاعه، سواء انتفع به أو انتفع به الغير. انظر: المبسوط: ١٤٠/١١، وشرح البناء: ٧٨٣/٧، ومختصر الطحاوي: ص ١١٦، وبدائع الصنائع: ٣٩٠/١٨.
 (٣) وقد استدلل الجمهور الذي منع من جوازها بأن الناس متفاوتون في الاستعمال للشيء فهو رضي للمستفيد فلا يجوز لغيره. انظر: المنهاج: ص ٧٧، والمهذب: ١٩٣/٢.

كتاب الوديعة^(١)

١١٥٠ - مسألة: إذا سلم الوديعة إلى بعض عياله الذي في داره كزوجته وخادمه ثم هلك فلا ضمان عليه^(٢)، وبه قال أبو حنيفة^(٣) خلافاً لأكثرهم^(٤) دليلنا: أنه حفظها بما يحفظ به ماله ولم يخرجها عن يده أشبه لو حفظها بنفسه، ولأنها أمانة في يده فهي كالعين المستأجرة والموصى إليه فيها.

١١٥١ - مسألة: إذا أراد أن يسافر وعنده وديعة والطريق مخوف، لم يجز إيداعها عند غير الحاكم مع القدرة عليه^(٥)، وبه قال [.....]^(٦)، وقال مالك: يودعها عند ثقة^(٧) دليلنا: أن الحاكم مجمع على عدالته وغيره مختلف فيه

(١) الوديعة: من ودع الشيء إذا تركه لتركها عند المودع، أو من الدعة فكأنها عنده غير مبتذلة للانتفاع بها، أو من ودع إذا سكن واستقر فكأنها عند المودع، سميت وديعة، لأنهم ذهبوا بها إلى الأمانة.

وشرعاً: (المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض). شرح منتهى الإرادات: ٤٤٩/٢. وعرفها الخطيب الشربيني بأنها: (توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص). مغني المحتاج: ٧٩/٣.

حكم الوديعة: مستحبة لمن علم من نفسه الأمانة، لما فيها من قضاء حاجة أخيه ومعونته. (٢) جاء في الكافي: ٣٧٨/٢: (وإن دفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله كزوجته وأمته وخازنه لم يضمن، لأنه حفظها بما يحفظ به ماله فأشبه حفظها بنفسه).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء: ١٧٠/٣.

(٤) انظر: بداية المجتهد: ١١٨/٤ وما بعدها، والمهذب: ١٨٤/٢.

(٥) جاء في الممتع: ٤٣/٤: (وإن أراد سفرًا، أو خاف عليها عنده ردها إلى مالِكها، فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ بها، وإلا دفعها إلى الحاكم، لأن بالسفر بها غررًا، ولأن ذلك يعرضها للنهب وغيره).

(٦) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٧) جاء في بداية المجتهد: ١١٨/٤: (وإن أراد سفرًا فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد، ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر).

فصار كالتص مع القياس، ولأن ولايته عامة في حال الحياة وبعد الموت، ولأنه اجتمع فيه أمانة وولاية وغيره بخلافه، فكان تقديمه أولى من هذه الوجوه كلها.

١١٥٢ - مسألة: إذا سافر بالوديعة فهلك، فلا ضمان عليه إذا كان الطريق آمناً^(١) ولم ينهه مالها عن المسافرة، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: يضمن^(٢). دليلنا: أن مع الأمن يصير سفره بها كنقلها من محلة إلى محلة، وهناك لا ضمان كذلك هاهنا.

١١٥٣ - مسألة: إذا قال صاحب الوديعة: ضعها في هذا البيت دون هذا فخالف ضمنها، وكذلك في الدار، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة في الدارين يضمن^(٤)، ومن أصحاب الشافعي من قال في المسألتين إذا استوى الموضعان والتحصيلين والجودة فلا ضمان عليه بالمخالفة. دليلنا: أنه نقل الوديعة من الموضع المأمور به إلى الموضع المنهي عنه من غير ضرورة، أشبه لو نقلها من دار إلى دار، أصله [.....]^(٥).

١١٥٤ - مسألة: إذا أودع الوديعة فهلك فلصاحبها تضمين من شاء، وبه قال

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٤٥٣/٢: (فلا يضمنها إن تلفت معه سواء كان به ضروره إلى السفر أو لا، لأنه نقله من موضع مأمون كما لو نقلها من البلد ومحلّه إن لم ينهه عنه).
(٢) جاء في حلية العلماء: ٦٧٤/٢: (فإن سافر بالوديعة مع القدرة على صاحبها، أو وكيله، أو الحاكم، أو أمينه ضمنها.. وقال أبو حنيفة: إذا كان السفر آمناً لم يضمن).

(٣) جاء في الكافي: ٣٧٤/٢: (فإن عين له الحرز فقال: أحرزها في هذا البيت، فتركها فيما دونه ضمن، لأنه لم يرّضه، وإن تركها في مثله أو أحرز منه فقال القاضي: لا يضمن، لأن من رضى شيئاً رضى مثله وفوته، وظاهر كلام الخرقى: أنه يضمن، لأنه خالف أمره لغير حاجة). انظر: المهذب: ١٨٢/٢.

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ١٧٣/٣: (ولو قاله له: احفظ في هذه الدار، ولا تحفظ في هذا البيت، وإنه مثال غيره في الحرز، فلو حفظ في غيره: لا يضمن، بخلاف الدارين).

(٥) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة : يضمن الأول، دليلنا: أنه أخذ مال غيره ولم يجز له أخذه فهو كالغاصب [فضمنها، ثم ترك التعدي]^(٢).

١١٥٥ - مسألة: إذا تعدى في الوديعة لم يزل عنه الضمان بفعله^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وهو اختيار الخرقي خلافاً لأبي حنيفة^(٥)، وقال مالك : إذا ردها أو مثلها فلا شيء عليه. دليلنا: أنها وديعة بلغت إلى حال لو تلفت كانت من ضمانه فلا يسقط عنه الضمان بفعله كما لو حجبها ثم أقر، وأصله على مالك إذا رد قيمتها يبين هذا أن القيمة كالمثل فيما له مثل .

١١٥٦ - مسألة: إذا حل الكيس الذي فيه الوديعة أو الصندوق ثم هلك، فعليه الضمان^(٦). قال الشيخ : على قياس قولنا إذا فتح القفص على الطائر وطار، وبه قال الشافعي^(٧)، وقال أبو حنيفة : لا ضمان، ويتخرج على المذهب مثله بناءً على قوله إذا خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمن إذا أخذ من الوديعة

(١) جاء في المذهب: ١٨٤/٢: (وإن أودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها، لأن المودع لم يرضى بأمانة غيره، فإن هلك عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمن الأول، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه، وله أن يضمن الثاني، لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه).

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من النسخة (ب).

(٣) جاء في كشاف الفناع: ١٦٧/٤: (إلا أن يتعدى الوديع، أو يفطر، أي يتصرف في حفظ الوديعة فيضمنها، لأن المتعدي متلف لمال غيره فضمنه، كما لو أتلّفه من غير إيداع). انظر: روضة الطالبين: ٣٣٤/٦. وجاء في الكافي: ٣٧٩/٢: (ومن لزمه الضمان بتعديه فترك التعدي لم يبرأ من ضمانها).

(٤) جاء في المذهب: ١٨٦/٢: (وإن تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك التعدي في الوديعة لم يبرأ من الضمان، لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد).

(٥) جاء في اختلاف العلماء: ١٨٩/٤: (قال أصحابنا: إذا استهلك الوديعة ثم وضع مكانها مثلها لم يبرأ من الضمان).

(٦) جاء في الكافي: ٣٧٨/٢: (وإن أودعه دراهم في كيس مشدود، فحله أو خرق ما تحت الشد أو كسر الختم ضمن ما فيه، لأنه هتك الحرز لغير عذر...).

(٧) انظر: المذهب: ١٨٥/٢.

شيئاً ثم رده وهلكت ضمن ما أخذه ثم رده خاصة. دليلنا: أنه قد هتك الحرز أشبه إذا فتح باب البيت وانصرف.

١١٥٧ - مسألة: إذا استودع رجل صبيّاً مميّزاً شيئاً فأكله أو أتلفه، فعليه الضمان، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. (١) دليلنا: أن من ضمن قبل الإيداع ضمن بعده كالبالغ وكما لو أودع عبداً فقتله.

١١٥٨ - مسألة: إذا أودع الحر عبداً وديعة فأهلكها ضمنها في الحال (٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المحجور عليه كمذهبنا والمأذون له يتأخر إلى بعد العتق. دليلنا: أنه دفعه إليه ليحفظه لا ليهلكه، وليس في ذلك إذن في الإتلاف أشبه لو أتلفه قبل الإيداع.

١١٥٩ - مسألة: إذا قبل الوديعة بيينة قبل قوله في ردها بغير بيينة (٣)، وبه قال أكثرهم (٤) خلافاً لمالك. دليلنا: أنه أمين أشبه إذا قبلها بغير بيينة.

(١) هذه المسألة اختلف فيها على قولين:

القول الأول: (أنه إذا استودع رجلاً صبيّاً مميّزاً شيئاً فأتلفه يكون عليه الضمان، ذهب إلى ذلك الشافعية، الحنابلة، وقد استدلووا على ذلك، لأن المودع لما أودعه فقد أمره بالحفظ وما أمره بالإتلاف، فإذا أتلفه وجب أن يضمن، لأن هذا ضمان فعل). انظر: المذهب: ١٨١/٢، روضة الطالبين: ٣٢٦/٦، وكشاف القناع: ١٧٨/٤.

القول الثاني: (أنه لا ضمان عليه. ذهب إلى ذلك الحنفية، وقد استدلووا على ذلك بأنه لما أودعه عند الصبي فقد سلطه على الإتلاف، لأن من عادة الصبيان إذا أودع عندهم طعام يأكلونه فوجب ألا يضمن...). انظر: بدائع الصنائع: ٣٨٨١/٨، المسبوط: ١١٩/١١.

(٢) جاء في الممتع: ٤٧/٤: (وإن أودع عبداً وديعة فأتلفها ضمنها في رقبته، لأن العبد مكلف يصح استحقاقه ويكون الضمان في رقبته، لأن إتلافه من جنابته). انظر: كشاف القناع: ١٧٨/٤.

(٣) جاء في المستوعب: ٣٦١/٢: (فإن قبض الوديعة بالإشهاد عليها قبل قوله في ردها بغير بيينة في إحدى الروايتين، والأخرى: لا يقبل قوله في ردها إلا بيينة).

(٤) جاء في المذهب: ١٨٧/٢: (وإن اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه، لأنه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول قوله).

١١٦٠ - مسألة : إذا أذن صاحب الوديعة لمن هي عنده أن يدفعها إلى زيد فقال: قد دفعتها وأنكر زيد، فالقول قول المودع^(١)، وهذا الخلاف في الوصي إذا ادعى بعد البلوغ الدفع إلى الصبي بعد بلوغه، وبه قال أبو حنيفة. وقال أكثرهم: لا يقبل إلا بينة. دليلنا: أنه ادعى رفع يده عنها إلى من يجوز له الدفع إليه أشبه: إذا ادعى دفعها إلى مالکها، ولأن القول قوله في هلاكها، كذلك في تسليمها، أصله ما ذكرنا.

١١٦١ - مسألة : إذا دفع إلى رجل بهيمة على طريق الإيداع ولم يأمره بالإنفاق عليها، لزمه الإنفاق^(٢)، أو يرفع أمرها إلى الحاكم ليرى رأيه في ذلك، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلزمه. دليلنا: أنه مأمور بحفظها وذلك من حفظها، فإذا لم يفعلها ضمنها كما لو رآها تردى في بئر فلم يردّها.

١١٦٢ - مسألة : إذا كان في يده وديعة وادعاها نفسان وقال: هي لإحدهما لا أعرفه عيذاً ولم يدعيها عليه العلم فلا يمين عليه^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال

(١) جاء في المستوعب: ٣٦١/٢: (وكذلك إن قال أمرتني بدفعها إلى فلان وقد فعلت. فقال المالك: ما أمرتك بذلك، فالقول، فالقول قول المودع بغير بينة نص عليه ولا يلزم فلان إلا مع اعترافه بقبضها، فإن أنكر فليس لمالكها عليه غير اليمين).

(٢) جاء في الكافي: ٣٧٩/٢: (فإن أودع بهيمة فلم يعلفها، ولم يسقها حتى ماتت، ضمنها، لأن في ذلك هلاكها)، ولأن العلف من كمال الحفظ بل هو الحفظ نفسه، وإن نهى المالك عنه فتركه، أثم لحرمة الحيوان ولم يضمن، لأنها مالکها أذن في إتلافها). انظر: الممتع ٤٢/٤، وحلية العلماء: ٦٧٦/٢ وما بعدها.

(٣) جاء في المهذب: ١٨٥/٢: (فإن أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها، لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها).

(٤) جاء في المستوعب: ٣٦٢/٢: (فإن كان في يده غير وديعة فادعاها رجلان، فأقر بها لأحدهما بعينه سلمت إليه ويحلف للآخر، فإن نكل عن اليمين قضى عليه بالبدل للثاني، فإن أقر بها لهما قسمت بينهما ويحلف لكل واحد منهما، فإن نكل لزمه بدلها لكل واحد فيهما، فإن قال: هي لأحدهما ولا أعرف عينه فقالا: لا بل تعلم ذلك، حلف يميناً واحدة أنه لا يعلم أيهما مالکها إلا أن يصدقه فلا يحلف).

أبو حنيفة : عليه اليمين كما لو ادعى عليه العلم.^(١) دليلنا: أنهما إذا لم يدعى عليه العلم فما وجب عليه حق حتى يحلف عليه، فلهذا لم يلزمه الاستحلاف ويفارق هذا إذا ادعياه، لأنه قد وجب عليه حق التسليم، فلهذا حلف عليه.

فصل : ويجب أن يقرع بينهما فتسلم إلى أحدهما بالقرعة^(٢)، وعن الشافعي قولان أحدهما: تقرر في يده حتى يبين المستحق والآخر [.....]^(٣). دليلنا: ما روى أبو هريرة : «أن رجلين ادعى دابة وليس لواحد منهما بينة، فقضى رسول الله ﷺ بأن يستهما على اليمين»^(٤)، ولا يجوز أن يحمل على أن العين في أيديهما أو في يد أحدهما، لأن هناك تمتنع القرعة وتجعل لهما جميعاً، أو لمن انفرد بها لم يبق إلا أنها كانت في يد غيرهما، ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز بينهما واستعمل القرعة، كما لو أعتق ستة أعبد له في مرض موته لا مال له غيرهم.

١١٦٣ - مسألة : إذا سرقت الوديعه، لم يكن للمودع المطالبة إلا بتوكيل من مالكها^(٥)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه لا حق له فيها، وإنما هي استئمان فقط واستحفاظ، فصار كسائر الأجانب وفارق المستأجر والمرتهن، لأن له حق التوثق والانتفاع بالعين.

(١) جاء في مختصر العلماء: ١٩٢/٤: (قال أصحابنا: إذا ادعاه رجلان فقال: ما أدري لأيكما هي، فإنه يستحلف لكل واحد منهما). انظر: المختصر: ص ١٦٥، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: ص ٥١.

(٢) جاء في المستوعب: ٣٦٢/٢: (ولا يجب عليه التسليم إلى أحدهما ويقرع بينهما، فمن وقعت عليه القرعة حلف أنها له وسلمت إليه).

(٣) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٤) جاء في مسند إسحاق بن راهويه: ١١١/١: (عن أبي هريرة في رجلين تدارا في بيع وليس لواحد منهما بينة فقال: أمرهما رسول الله ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا ذلك أم كرها).

(٥) جاء في المستوعب: ٣٦٢/٢: (وإذا غصبت الوديعه، أو سرقت، أو أتلّفها متلف وليس للمودع المخاصمة فيها إلا أن يوكله مالكها، وقال أبو الخطاب: له ذلك، لأن له حق إليه والحفظ، فهو كالمستأجر لما كان له حق المنفعة خاصم في العين، والمرتهن لما كان له حق إليه طالب بالعين، كذلك هاهنا).

كتاب الغصب^(١)

١١٦٤ - مسألة: في عين الفرس ربع القيمة، وفي العينين ما نقص^(٢)، وفيه رواية أخرى: ليس فيها تقدير، وفي الجميع ما نقص، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: في العين ربع القيمة، وفي العينين القيمة. دليلنا: ما روى زيد ابن ثابت: «أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع ثمنها»، وعن شريح أنه كتب إلى عمر يسأله في عين الدابة فقال له: (إنا كنا ننزلها بمنزلة عين الأدمي، ثم أجمع رأينا أن فيها ربع القيمة)^(٣)، ولأنه نوع حيوان يستحق سهماً من الغنيمة فكان في بعض جنائياته مقدر بالشرع كالأدمي، ولا يلزم الإبل، لأن التعليل للبهاائم وذلك بعض النوع.

١١٦٥ - مسألة: الجناية على حمار القاضي كالجناية على حمار الشوكي، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال مالك: إذا قطع ذنب حمار القاضي فعليه جميع قيمته.

- (١) الغصب لغة: أخذ الشيء ظلماً وقهراً. انظر: المصباح المنير، مادة (غصب).
 وشرعاً: (استيلاء غير حربي عرف على حق غيره قهراً بغير حق). كشف القناع: ٧٦/٤.
 وعرفه النووي من الشافعية بأنه: (هو الاستيلاء على حق الغير عدواناً). المنهاج: ص ٧٠.
 وحكمه: حرام، لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾. سورة النساء: الآية: ٢٩.
 (٢) جاء في المستوعب: ٣٧٧/٢: (وعنه: أن عين الفرس تضمن بربع قيمتها، وفي العينين ما نقص من قيمتها).
 (٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٩٨/٦ بلفظ: (عن أبي قلابة قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عين الدابة ربع ثمنها).
 (٤) جاء في شرح الخرشي: ١٤٩/٦: (يعني أن المتعدي إذا أثلّف المتفعة المقصودة من الذات، فكأنه أثلّف جميعها، كما إذا انقطع ذنب دابة شخص ذي هيئة ومروءة كقاضي وأمير، أو قطع أذنّها فيخبرونه في جميع ذلك بين أن يأخذ قيمته يوم التعدي، أو يأخذ متاعه وما نقص).

دليلنا: أنها جناية على بهيمة، فلا يجب بها جميع قيمتها كالجناية على حمار الشوكي وكشاة القاضي.

١١٦٦ - مسألة: إذا جنى على عبده يقصد به التمثيل عتق عليه، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قوله ﷺ: «من مثل بعبده أو حرق بالنار عتق عليه»^(١)، وروي: فهو حر. رواه أحمد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. ولأن الذكر أحد نوعي الرقيق، فجاز أن يعتق بالفعل كالأنثى ويريد به الاستيلاء.

١١٦٧ - مسألة: إذا جنى على ملك غيره جناية أذهبت منفعة مقصودة كقطع يد العبد، أو تحريق الثوب تحريقاً فاحشاً، لم يلزمه إلا الأرش، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة: له الأرش أو تسليم العين ويطالب بجميع قيمتها.^(٣) دليلنا: أنه أُلِفَ جزءاً معلوماً بجناية استقر أرشها فلا يلزمه أكثر من الأرش، أو فلا يملك مطالبته بجميع القيمة كما لو قطع أنملة عبد أو حرقه حرقاً يسيراً، ولا يلزم إذا قلع عيني العبد، لأن هناك ما أوجبنا جميع القيمة، لكن قِيِّمَتُ العين فبلغت قيمة الجملة.

(١) أخرجه أحمد في المسند: ٢٢٥/٢ به نحوه، والحاكم في المستدرک بلفظ: (من مثل بعبده فهو حر وهو مولى الله ورسوله). انظر: المستدرک على الصحيحين: ٤٠٩/٤.

(٢) جاء في المغني: ٢٥٠/٥: (وإن غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه، أو ذكره، أو أنفه، أو لسانه، لزمته كلها.. ورد العبد. نص عليه أحمد، وبهذا قال مالك والشافعي، لأن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته.. ولأن المضمون هو المفوت فلا يزول الملك عن غيره بضمانه).

وقال أبو حنيفة والثوري: يخير المالك بين أن يصير ولا شيء له، وبين أخذ قيمته، ويملكه الحاني، لأنه ضمان فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه). انظر: كشاف القناع: ٩١/٤.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٩٢/٣: (لو غصب ثوباً ولم يخطه فهو بالخيار إن شاء أخذه ناقصاً مقطوعاً وضمنه ما نقص بالقطع.. وإن شاء تركه وضمنه قيمة الثوب يوم غصبه، لأنه فوت عليه منفعة معتبرة).

١١٦٨ - مسألة: إذا جنى على العبد جناية أوجبت جميع القيمة كقلع العينين، وقطع اليدين ونحوهما ملك إمساكه والمطالبة بالقيمة، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة: إن سلمه استحق القيمة، وإن أمسكه فلا شيء له. دليلنا: أنها جناية ضمننت بالأرش فلا يكون من شرط جواز المطالبة بأرشها^(٢) تسلم المجني عليه كما لو قطع إحدى اليدين أو اليدين في دفعتين أو قطعهما نفسان.

١١٦٩ - مسألة: إذا غصب ما لا مثل له وأتلفه ضمنه بقيمته يوم الإتلاف^(٣)، وقال أبو حنيفة ومالك: يوم غصبه، وقال الشافعي: بأعلى القيمتين من يوم الغصب أو الإتلاف^(٤)، وهو اختيار الخرقى. دليلنا: أنها قيمة وجبت بالإتلاف فاعتبرت بيوم الإتلاف كما لو أتلفها في يدي مالكها، ولأنه مغصوب لم ينقص في يد الغاصب عيباً ولا إبراءً فضمنه بقيمته يوم الإتلاف كما لو لم ينقص في يده ولا زاد.

(١) جاء في كشف القناع: ٩١/٤: (وما تجب فيه دية كاملة من الحر كأنفه أو ذكره أو يديه لزمه رده ورد قيمته، ولا يملكه الجاني).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٩٦/٣ (وأما إذا أتلف الغاصب المغصوب على وجه لا يبقى منتفعاً به، أو هلك على وجه لا ينتفع به.. ينظر إن كان مثلياً يضمن قيمته، وإن لم يكن مثلياً يلزمه قيمته يوم الغصب، لأن صار متلفاً من ذلك الوقت، ومتى ضمن واختار المالك الضمان، فإنه يملك المغصوب من وقت الغصب بطريق الظهور، أو بطريق الإسناد.. وعن الشافعي: لا يملك).

(٣) جاء في الكافي: ٤٠٤/٢: (فإن كان مما لا مثل له، وجبت قيمته لقول رسول الله ﷺ: «من أعتق شركاً في عبد فكان لهما لم يبلغ ثمن العبد»). أخرجه الإمام أحمد في المسند: ٥٦/١، وانظر: حلية العلماء: ٦٨٤/٢ وما بعدها.

(٤) جاء في بداية المجتهد: ١٢٦/٤: (الواجب في الغصب، والواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا اختلاف فيه، فإن ذهبت عنه فإنهم اتفقوا على أنه إن كان مكياً أو موزوناً أن الغاصب المثل - أعني مثل ما استهلك صفة ووزناً.. واختلفوا في العروض، فقال مالك: لا يقض في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك، وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود... الواجب في ذلك المثل، ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل).

فصل : فإن غصب ماله مثل كالمكيل والموزون ثم أتلغه وتعذر مثله، فعليه القيمة يوم تعذر المثل^(١)، وقال أكثرهم قيمته يوم الخصومة^(٢)، وقال أبو يوسف : يوم الغصب. دليلنا: أنه لما تعذر المثل وجبت القيمة فكان الاعتبار بيوم وجبت القيمة، أو لا يعتبر وقت الخصومة. دليله : ما لا مثل له.

١١٧٠ - **مسألة :** الزيادة التي تحدث في يد الغاصب في البدن كالسمن والحمل أو في الأثر كالصنعة فهي مضمونة، وهو اختيار الخرقى^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك : لا ضمان.^(٤) دليلنا: أنها زيادة في عين مغبوبة لو أتلغها الغاصب ضمنها، فإذا تلفت تحت يده ضمنها كالموجودة حال الغصب،

(١) جاء في الكافي : ٤٠٣/٢ : (وإن وجب المثل وأعوز وجبت قيمته يوم عوزه، لأنه يسقط بذلك المثل، وتجب القيمة، فأشبه تلف المتقومات.. وقال القاضي: تجب قيمته يوم قبض البدل، لأن التلف لم ينقل الوجوب إلى القيمة.. وإن قدر على المثل بأكثر من قيمته، لزمه شراؤه، لأنه قدر على أداء الوجوب فلزمه).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٦٨٣/٢ : (وإن كان له مثل وتعذر مثله انتقل إلى قيمته وقت المحاكمة، ومن أصحابنا من قال: تعتبر قيمته أكثر مما كانت من حين الغصب إلى حين المحاكمة.. ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الانقطاع).

(٣) يرى الشافعية والحنابلة أن الزيادة التي تحدث في المغصوب مضمونة على الغاصب، لأنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل.. فقد جاء في كشف القناع: ٩٠/٤ : (فلو غصب عبداً قيمة ألف فزادت قيمته عنده إلى ألفين، ثم قطع يده فصار يساوي ألفاً وخمسمائة، كان عليه مع رده ألف).

وجاء في حلية العلماء: ٦٨٧/٢ : (فإن زادت العين في يد الغاصب بأن كانت جارية تساوي مائة فتعلمت صنعة فصارت تساوي ألفاً.. ثم نقصت، فعادت إلى مائة ردها وما نقص من قيمتها وهو تسعمائة، وبه قال أحمد، وقال مالك: لا يلزمه ضمان الزيادة في حال الزيادة، إلا أن يطالب بالرد في حال الزيادة، فلا يرد).

(٤) بينما يرى الحنفية والمالكية أن الزيادة التي تحدث في المغصوب غير مضمونة على الغاصب). انظر: بداية المجتهد: ١٢٧/٤، والمبسوط: ٧٢/١١.

جاء في المدونة الكبرى: ١٧٠/٤ : (إذا فاتت الارية عنده، وقد زادت قيمتها فليس عليه في الزيادة عند مالك شيء ضمن. ولكن عليه قيمتها يوم غصبها).

ولأنها زيادة لو كانت موجودة حين الغصب ضمنت، كذلك إذا حدثت في يد الغاصب كالزيادة في الصيد في حق المحرم وفي الحرم.

١١٧١ - مسألة: حمل المغصوبة مضمون^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يضمنه والكلام فيه في فصلين أحدهما: إذا حدث بعد الغصب وقد مضى الكلام فيه في التي قبلها. والثاني: الموجود حين الغصب، والدلالة عليه: أن كل ما ضمن خارجاً من وعائه ضمن في وعائه كالدرّة في الصدفة، والدرهم في الكيس، ولأن كل زيادة ساوت العين في الأصل ساوتها في الضمان كالسمن الموجود حال الغصب.

١١٧٢ - مسألة: إذا غصب أمة فولدت في يده فنقصتها الولادة، لم يجبر النقص بقيمة الولد، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه مال للمغصوب فلا يجبر به النقص كسائر أملاكه وعكسه الأرض.

١١٧٣ - مسألة: المنافع تضمن بالغصب، وبه قال الشافعي خلافاً لأحد الروايتين^(٣)، ولأكثرهم. دليلنا: أن ما ضمن بالبدن في العقد الفاسد ضمن بالغصب كالأعيان، ولا يلزم منافع الحر والبضع، لأنها قد تضمن إذا أتلّفت غصباً.

١١٧٤ - مسألة: إذا أكره امرأة على الزنا، فعليه المهر والحد، وبه قال

(١) جاء في المستوعب: ٣٨١/٢: (وإن كان الولد من غيره أو غصبها حاملاً فولدت ثم مات الولد، يلزمه ردها بقيمة الولد).

(٢) قال ابن السّجار في معونة أولى النهي: ٣٣٥/٦: (لا يجبر النقص زيادتها بالولد، كما لا يجبر به نقص بغير الولادة). انظر: الكافي: ٤٠٧/٢، والمستوعب: ٣٨١/٢.

(٣) جاء في الكافي: ٤٠٥/٢: (وإن كانت للمغصوب منفعة مباحة تستباح بالإجارة، فأقام في يده ممثلاً أجره فعليه الأجرة .. وعنه أن منافع الغصب لا تضمن، والمذهب الأول، لأنه يطلب بدلها بعقد المعاينة فتضمن بالغصب كالعين).

أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة : لا مهر عليه، وعن أحمد رواية : أنهما يجتمعان في حق البكر دون الثيب، وهي اختيار أبي بكر^(٢) وجه الأولى : أنه وطء في غير ملك أسقط الحد عن الموطوءة، فأوجب المهر على الواطئ إذا كان من أهله كالوطء بشبهة، وإذا زفت إليه أخت امرأته فوطأها لا يعلم بها .

١١٧٥ - مسألة : إذا ضمن المغرور قيمة أولاده فالاعتبار بقيمتهم يوم الولادة، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة : يوم الخصومة، وهذا مبني عنده على أن الولد في يده أمانة، وإنما يضمنه بمنع التسليم، وعندنا هو في يده مضمون، ولأن المنع حصل بحريته وذلك موجود حين الوضع، ومتقدم على المطالبة فأشبهه سائر المغصوبات إذا منعها .

١١٧٦ - مسألة : يرجع المغرور على من غره بالمهر، وفيه رواية أخرى : لا يرجع^(٤)،

(١) جاء في المغني : ٢٧٢/٥ : (ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها، لأنها مغدورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة، وبه قال مالك والشافعي، لأنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد عن الموطوءة، فإذا كان الواطئ من أهل الضمان في حقها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة) .

(٢) قال ابن قدامة : (روي عن أحمد رواية أخرى : أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت، نقلها ابن منصور، وهو اختيار أبي بكر...) . انظر : المغني : ٢٧٢/٥ .

(٣) جاء في الكافي : ٧٠/٣ : (ويفدي الأولاد بقيمتهم يوم الولادة، لأنه يروى عن عمر - رضي الله عنه -، ولأنه محكوم بحريتهم يوم وضعهم فاعتبر فداؤهم يومئذ، وتجب القيمة، لأنه ضمان وجب لقوات الحرية)، وعنه : يفديهم بعبيد مثلهم، لأن الولد حر فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار .

وعنه : أنه مخير بين فدائهم بمثلهم بقيمتهم، لأن الأمران يرويان جميعاً عن عمر .

(٤) قال ابن قدامة : (فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه، لأن الفسخ لسبب من جهتها، وإن فارقها بعد الدخول فعليه المهر بما أصاب منها ويرجع بما غرمه من المهر وفداء الأولاد في الموضعين على من غره . نص عليه أحمد، وذكره الخرقى) .

وعن أحمد : (لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر، لأنه وجب في مقابلة نفع وصل إليه، وظاهر المذهب الأول، لأن العقد ضمن له سلامة الوطاء، كما ضمن له سلامة الولد، فوجب أن يرجع به كقيمة الولد...) . الكافي : ٧٠/٢٣ .

وبه قال أبو حنيفة، وعن الشافعي كالمذهبيين^(١) الصحيح عندهم أنه لا يرجع وجه الأولى، وبه اختيار الخرقى وأبي بكر : أن البائع ضمن له سلامة الأولاد كما ضمن له سلامة الوطاء، ثم هناك يرجع بقيمتهم، كذلك المهر.

١١٧٧ - مسألة : المغرور يضمن أولاده بمثلهم من العبيد، وفيه رواية أخرى: بالقيمة^(٢)، وبه قال أبو حنيفة والشافعي^(٣)، وفيه رواية أخرى : الخيار إليه في أحد الأمرين وجه الأولى وهي اختيار الخرقى: أن الأدمي أحد نوعي الحيوان فجاز أن يكون من جنسه ما يضمن بمثله كالبهائم، ونريد به في الأصل الصيد، ولأنه حر فلا يضمن بقيمة كسائر الأحرار، ولأن حالة الظهور أحد حالتيه فجاز أن يضمن بعبد كحالة الكمون، ونريد به أن الجنين يضمن بغرة.

١١٧٨ - مسألة : العقار يضمن بالغصب^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما روي : «أن رجلاً من حضرموت ورجلاً من كنده تحاكما إلى رسول الله ﷺ، فقال الحضرمي إن أرضي غصبتها أبو هذا، وقال الكندي أرضي وفي يدي»^(٥)، فأقره على قوله اغتصبتها، وأقر الآخر على قوله أرضي وفي يدي

(١) جاء في المذهب: ٤٥٢/٢ : (فإن تزوجها على أنها حرة فكانت أمة، وهو ممن يحل له نكاح الأمة.. ففي صحة النكاح قولان: فإن قلنا إنه باطل فوطأها لزمه مهر المثل، وهل يرجع على الغار؟ فيه قولان: أحدهما: لا يرجع، لأنه حصل له في مقابلته الوطاء. والثاني: يرجع، لأن الغار ألجأه إليه).

(٢) جاء في المستوعب: ٣٨٤/٢ : (وفي الواجب من عوض الأولاد ثلاث روايات: إحداها: قيمتهم لو كانوا عبيداً. والثانية: مثلهم من العبيد. اختارها الخرقى والقاضي. والثالثة: المغرور بالخيار بين المثل والقيمة. ذكرها القاضي في الجامع).

(٣) انظر: الكافي: ٧٠/٣، المذهب: ٤٥٢/٢.

(٤) جاء في حلية العلماء: ٦٩٠/٢ : (فإن دخل رجل دار غيره بغير إذنه، ولم يكن صاحبها فيها، قال أصحابنا: ضمنها. والعقار عندنا يضمن بالغصب، وهو قول «أبو يوسف» في الأول. وقال أبو حنيفة: لا يضمن بالغصب، وهو قول «محمد»).

(٥) أخرجه أبوداود في السنن: ٢٢١/٣، وأحمد في مسنده: ٢١٢/٥، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٨٠/١٠، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٣٣/١.

وعندكم لا تغصب ولا يثبت عليها يد، وأيضاً قوله ﷺ: «من أخذ شبراً من الأرض»^(١)، وروي: «من اقتطع»، وروي: «من اغتصب طوقه يوم القيامة من سبع أرضين»، ولأنه أحد نوعي الأموال فجاز أن يضمن بالغصب كالذي ينقل.

١١٧٩- مسألة: إذا غصب أرضاً فزرعها ثم أدركها صاحبها، فإن شاء أقره إلى الحصاد بالأجرة، وإن شاء أخذ الزرع بقيمته أو نفقته على اختلاف الروايتين في ذلك^(٢)، وقال أكثرهم: له قلعه ولا يملك أخذه إلا بإذن مالكة^(٣). دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه قال: «من زرع أرضاً بغير إذن أهلها فله نفقة»^(٤)، وفي حديث آخر: «وليس له من الزرع شيء»، وفي رواية أبي داود: ليس له من الزرع شيء وله نفقته، ولأنه زرع لو أذن فيه لم يجبر على فنه كذا، وإن لم يؤذن كما لو حمله السيل فأنبته في أرضه.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه بلفظ: «من أخذ شبراً من الأرض بغير حقه طوقه ذي سبع أرضين يوم القيامة...». انظر: صحيح مسلم: ١٢٣٠/٣، وأحمد في المسند: ٣٨٨/٢، والطبراني في المعجم الكبير: ١٨٩/٢٢.

(٢) جاء في كشف القناع: ٨٠/٤: (وإن أدركها والزرع قائم لم يحصد، فليس له إجبار الغاصب على قلعه.. ويخير مالك الأرض بين ترك الزرع إلى الحصاد بأجرة المثل وأرش نقصها إن نقصت.. وبين أخذه منفعة، لأن كل واحد يحصل به غرضه فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغيره).

(٣) جاء في المذهب: ٢٠٣/٣: (وإن غصب أرضاً فغرس فيها غرساً أو بنى فيها بناء، فدعا صاحب الأرض إلى قاع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك لقول الرسول ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»، فلا بد.. فقد قال في الغصب يلزمه أرش ما نقص من الأرض) وجاء في مختصر المزني: ص ١٦١: (ولو غصب أرضاً فغرسها فعليه أن يقلع غرسه ويرد ما نقصت الأرض).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه: (٣٤٠٣) ٢٦١/٣، كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها، وأخرجه الترمذي في جامعه: (١٣٦٦) ٤٩٢/٣، كتاب الأحكام، باب ما ناء في زرع الأرض بغير الإذن، وأخرجه ابن ماجه في سننه (٣٤٦٦) ٨٤٢/٢، وأخرجه أحمد في مسنده: ١٤١/٤: وقال الترمذي: حديث حسن.

١١٨٠ - مسألة: إذا غير العين المغصوبة لم يملكها بذلك كالشاة يذبحها ويشويها، والدقيق يخبره ونحوهما^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يملكه وعليه قيمته^(٢)، وعن أحمد نحوه^(٣)، وهو اختيار أبي بكر، إلا أن أبا حنيفة يقول: يتصدق به ولا ينتفع به وجه الأولى: أنه لو فعله المالك في ملكه لم يزل كذلك إذا فعله الغاصب كذبح الشاة وكضرب الأثمان أو أوانياً، أو الأواني دراهماً.

١١٨١ - مسألة: إذا غصب طعاماً فأصابه عنده نداوة فعفن، فإن كان قد استقر عفنه ضمنه الأرض وإلا جميع القيمة^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أبو حنيفة: إن أمسكه فلا شيء له، وإن سلمه طالب بجميع المثل. دليلنا: ما تقدم في المسألة إذا خرق الثوب خرقاً فاحشاً فأغنى عن الإعادة.

(١) جاء في الكافي: ٣٩٤/٢: (وإن غصب عيناً فاستحالت، كبيض صار فرخاً، وحب صار زرعاً، وزرع صار حباً، وجب رده، لأنه عين ماله فإن نقصت قيمته، ضمن أرض نقصه، لحدوثه في يده، وإن زاد، فالزائد لمالكة، ولا شيء للغاصب بعمله فيه، لأنه غير مأذون منه). انظر: المذهب: ٢٠١/٢، والمغني: ٢٦٣/٥.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء: ٩٣/٣.

(٣) جاء في المغني: ٢٦٣/٥: (وروي عن محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة، إلا أنه قول قديم رجع عنه لأن محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو عشرين سنة).

(٤) جاء في الممتع: ٥٣٦/٣ ما يفيد: (وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر، كخنطة ابتلت وعفنت خير بين أخذ مثلها وبين تركها حتى يستقر فسادها ويأخذها وأرض نقصها). (أ) إذا لم يستقر الفساد خير بين أخذ المثل أو تركها حتى يستقر الفساد، لأنه لا يمكن أن يجبله المثل، لأن عين حقه موجودة.

(ب) وأما إذا استقر الفساد، فإنه يأخذها مع أرض نقصها، لأنها ملكه، وأخذ الأرض من الغاصب، لأنه حصل بجانيته.

(١) جاء في المذهب: ١٩٩/٢ ما ملخصه:

(أ) فإن كان النقصان مستقراً رده ورد معه أرض ما نقص، وليس للمغصوب منه المطالبة ببدله.

(ب) وإن كان النقصان غير مستقر فعلى فولين؛ أحدهما: يأخذه وأرض النقص. والثاني: يأخذ مثله.

١١٨٢ - مسألة: إذا غصب طعاماً وأطعمه لصاحبه وهو لا يعلم لم يسقط ضمانه^(١)، وبه قال الشافعي في أحد قوليّه، وعنه أنه يسقط الضمان، وبه قال أبو حنيفة. دليلنا: أنه لم يردّه رداً تاماً أشبه إذا أطعمه لدابته أو لبعده.

١١٨٣ - مسألة: إذا فتح القفص عن الطائر فطار ضمنه، وهكذا في العبد والدابة إذا حل رباطهما^(٢)، ذكره ابن حامد، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة والشافعي: في القديم لا ضمان، وقال في الجديد: إن خرج عقيب الفتح ضمنه. دليلنا: أن سبب الهلاك من جهته أشبه حافر البئر وواضع الحجر في الطريق، وإذا خرج عقيب الفتح، ولأنه مال ضمنه بالإتلاف فضمنه إذا فتح عليه كالمانع في الضروف.

١١٨٤ - مسألة: إذا غصب ساجّة^(٣) فبنى عليها لزمه ردها، وبه قال أكثرهم^(٤) وداود، وقال أبو حنيفة: لا يجبر على قلعها وعليه قيمتها. دليلنا: قوله ﷺ: «ومن أخذ عصا أخيه فليردها»^(٥)، ولأنه مغصوب جاز رده فوجب رده كما لو لم يبن عليه، أو كان على الساف الفوقاني، أو تركه في بيت وسد عليه، ولا يلزم الزيت إذا خلطه بأجود منه، لأنه لا يتأتى رده بعينه.

(١) جاء في الكافي: ٤٠٨/٢: (وإن أطعم المغصوب لمالكة فأكله ولم يعلم فالمنصوص أنه يرجع).

(٢) جاء في المستوعب: ٣٩٥/٢: (فإن حل قيد عبد غيره فأبق، أو رباط فرسه فشردت، أو فتح قفصاً عن طائره فطار عقب فتحه أو متراحياً عنه، فعليه الضمان سواء هيج الدابة والطير حتى ذهبا، أو لم يهيجهما).

(٣) الساج: خشب يجلب من الهند، واحدته: ساجّة. انظر: لسان العرب مادة (سوج): ٣٠٢/٢.

(٤) جاء في المذهب: ٢٠٥/٢: (فإن عفن الساج لم يؤخذ برده، لأنه صار مستهلكاً فسقط رده ووجبت قيمته). يعني إذا أدخلها في بنائه ينقطع حق المالك ويأخذ قيمتها.. بينما يرى الجمهور: له أخذها. المبسوط: ٩٣/١١.

(٥) أخرجه أحمد في المسند: ٢٢١/٤، وأبو داود في كتاب الأدب، والترمذي في كتاب العين: ٤٦٢/٤، ونص الحديث: عن السائب ابن يزيد عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعباً جاداً فن أخذ عصا أخيه فليردها». انظر: مصابيح السنة: ٢٦/٢.

١١٨٥ - مسألة: إذا غصب عبداً فأبق منه ودفع قيمته ثم قدر عليه سلمه إلى صاحبه ورجع في القيمة^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة ومالك: قد ملكه بدفع قيمته، ولا يلزمه رده، إلا أن أبا حنيفة يقول ذلك^(٣) إن ثبت عليه الغصب ببيته أو بنكول، فإن كان عن إقرار فكذلك أيضاً ما لم تزد قيمته على قدر الضمان، فإن زادت صار الخيار إلى مالك العبد إن شاء أخذه ورد القيمة، وإن شاء تركه. دليلنا: أنه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه كما لو غصب مدبراً فأبق وضمنه، ولأنه بدل عن متلف في الظاهر، فإذا بان بخلافه رجع في الضمان كمن لطم عين غيره فذهب ضوءها ثم عاد.

١١٨٦ - مسألة: إذا غصب ثوباً فصبغه وأراد الغاصب قلع الصبغ، كان له ذلك بشرط أن يضمن ما ينقص الثوب^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: الخيار إلى صاحب الثوب إن شاء أخذه ودفع قيمة ما زاد بالصبغ، أو يدفعه إليه

- (١) سبب الخلاف في هذه المسألة [المضمونات] هل تملك بأداء الضمان أم لا...؟
 (٢) جاء في الكافي: ٤٠٢/٢: (ومن غصب عبداً فأبق.. فللمغصوب منه المطالبة بقيمته، لأنه تعذر رده فوجب بدله، فإذا أخذه ملكه لأنه بدل ماله.. ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالبيع فلا يملكه بالتضمن، فإن قدر عليه رده وأخذ قيمته) لأن هذا الضمان ليس ضمان عين وإنما هو ضمان حيلولة، لأن الغاصب حال بينه وبين المال.
 (٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٩٦/٣: (ومتى ضمن واختار المالك الضمان، فإنه يملك المغصوب من وقت الغصب بطريق الظهور، أو بطريق الإسناد علي حسب ما قيل فيه.. ولو ظهر حياً: لا يعود ملك المالك فيه عندنا.. خلافاً للشافعي)، لأن القيمة التي أخذها المغصوب منه صار مملوكاً له، ولا يمكن إثبات الملك له في البدل، لأنه يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وهذا لا يجوز).
 انظر: تفاصيل هذه المسألة في مختصر الطحاوي: ص ١١٨، والبدائع: ٤٤٢٥/٩، الهداية: ٤٠٣/٨، والأم: ٢٥١/٣، والوجيز: ٢٠٩/١.
 (٤) قال ابن قدامة: (فإن غصب ثوباً فصبغه... فإن بقيت للصبغ قيمته، فأراد الغاصب إخراجه، وضمن النقص فله ذلك، لأنه عين ماله... ويحتمل أن لا يملك ذلك، لأنه يضر بملك المغصوب منه لنفع نفسه فمنع منه). انظر: الكافي: ٣٩٦/٢.

ويطالبه بقيمته أبيض يوم الغصب.^(١) دليلنا: أن الصبغ ملك الغاصب وله أخذه بإذن المالك للثوب، فكان له ذلك بغير إذنه كما لو غصب أرضاً فبناها وغرسها.

فصل: فإن قال الغاصب: يباع ويقسم الثمن بيننا على قدر القيمتين، وقال صاحب الثوب: بل يقلع، لم يجبر على قلعه وبيع، وفيه رواية أخرى: يقلع بلا ضمان^(٢)، لأنه قال في البناء: يجبر على قلعه فيكون فيهما روايتان، وعن أصحاب الشافعي كالروايتين. دليلنا: أن الصبغ له قيمة قبل القلع، وبالقلع يتلف فلا يكون له إجباره على إتلاف ماله.

فصل: فإن غصب خشب فعمله باباً، أو غزلاً فنسجه ثوباً، أو تراباً فضربه لبناً^(٣)، فهل يكون شريكاً ينبني على الأعيان؟ وقد حكي الخلاف هناك، وقال أصحاب الشافعي: لا يكون شريكاً. دليلنا: أن المنافع كالأعيان، لأنها تضمن بالمسمى في العقد الصحيح وبعبوض المثل في الفاسد ثم الأعيان يكون شريكاً بها، كذلك هاهنا.

١١٨٧ - مسألة: إذا حفر بئراً في الأرض الغصب، ثم جاء صاحبها فانتزعها، فللغاصب، نعمها^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس له ذلك، فإن كان قد زاد في قيمة الأرض فلا شيء له، وإن نقص غرم النقص. دليلنا: أنه متعدي

(١) جاء في تحفة الفقهاء: ٩٤/٣: (إن صاحب الثوب بالخيار إن شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمته أبيض، وإن شاء أخذه مصبوغاً وضمن له ما زاد عن الصبغ فيه).

(٢) جاء في الكافي: ٣٩٧/٢: (فإن أراد المالك بيعه فله ذلك لأنه ملكه فلم يمنع بيعه، وإن طلب الغاصب بيعه فأباه المالك لم يجبر، لأن الغاصب مستعد....).

(٣) انظر: كشاف القناع: ٨٧/٤ وما بعدها.

(٤) جاء في كشاف القناع: ٨٨/٤: (وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً أو شق فيها نهراً ونحوه، فله بها إلزامه بطم البئر ونحوها، إن كان الطم لغرض صحيح، وللغاصب أيضاً الطم... وإن لم يكن لغرض صحيح أم يملك الغاصب طمها، لأنه تصرف في ملك الغير بدون إذنه لغير غرض صحيح).

بذلك، فهو كما لو حفرها في طرق المسلمين.

١١٨٨ - مسألة: إذا غصب ثوباً فوهبه فأحرقه الموهوب له، كان للمالك أن يضمن أيهما شاء إلا أنه إذا ضمن الموهوب له رجع على الغاصب^(١)، وقال أبو حنيفة: أيهما ضمن لم يرجع على الآخر، وقال الشافعي: إن ضمن الغاصب لم يرجع، وإن ضمن الموهوب له فقد قيل يرجع، وقيل لا يرجع^(٢). دليلنا: أنه دخل على سلامة العين كما دخل على سلامة الأولاد، ثم هناك يرجع بما غرمه عنهم، كذلك هاهنا.

١١٨٩ - مسألة: أم الولد تضمن بالغصب^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن ما ضمن قيمته بالإتلاف ضمن بالغصب كالمديرة.

١١٩٠ - مسألة: إذا كسر آلة اللهو لم يضمنها^(٥)، وبه قال صاحباً أبي حنيفة

(١) هذه المسألة بها تفصيل في مذهبننا على النحو التالي:

(أ) إذا كان الموهوب له عالماً بأن هذا الثوب مغصوب فإن الضمان يكون عليه، ولا يملك الرجوع على أحد، لأن التلف حصل في يديه، ولم يغره أحد.

(ب) أما إذا كان الموهوب له غير عالم بأنه مغصوب، فإن لصاحبه أن يضمن من شاء: الغاصب أو المنهب .. فإن ضمن المنهب رجع على الواهب [الغاصب] بقيمة العين أو الأجزاء لأنه غره). وقال أبو حنيفة: أيهما ضمن لا يرجع على أحد.

انظر التفصيل: المغني: ٢٧٤/٥، والكافي: ٤٠٧/٢.

(٢) انظر: المذهب: ٢٠٧/٢.

(٣) قال ابن قدامة: (وأم الولد تضمن بالغصب، لأنها تضمن في الإتلاف بالقيمة، فتضمن في الغصب كالقن). انظر: الكافي: ٤٠٩/٢.

(٤) جاء في حلية العلماء: ٦٨٦/٢: (وحكم أم الولد في ضمان الغصب حكم الأمة القن، وبه قال «أبو يوسف»، و«محمد»، وقال أبو حنيفة: أم الولد لا تضمن بالغصب. وحكي عن أصحابنا عن «مالك» أنه قال: يجب في الجناية على العبد ما نقص من قيمته إلا في الموضحة..).

(٥) جاء في المغني: ٣٠١/٥: (وإن كسر صليماً أو مزماراً، أو صنماً لم يضمنه، لأنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة). وقال الشافعي: إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً .. وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه الضمان .. وقال أبو حنيفة: يضمن).

خلفاً لأبي حنيفة والشافعي^(١). دليلنا: قوله ﷺ: «إن الله بعثني رحمة وهدى للعالمين بعثني لأمحق المعازف والمزامير»^(٢)، وهذا ينفي وجوب الضمان، ولأنها آلة لهو فهي كالخمر.

١١٩١ - مسألة: إذا أراق على ذمي خمرأً، فلا ضمان عليه^(٣)، وبه قال الشافعي وداود خلفاً لأكثرهم^(٤). دليلنا: أنه مائع بخس أشبه البول، ولأنه لو أتلفه على مسلم لم يضمنه أشبه ما ذكرنا.

١١٩٢ - مسألة: إذا خلط المغصوب بما لا يتميز كالدرهم بالدرهم، والأدهان بمثلها، فهما على الشركة^(٥)، فإن بيع قسم الثمن بينهما، وقال أبو حنيفة:

(١) جاء في المذهب: ٢٠٨/٢: (وإن فصل صلياً أو مزماراً لم يلزمه شيء، لأن ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه قول الرسول ﷺ: (إن الله تعالى حرم بيع الخمر، وبيع الخنازير، وبيع الأصنام وبيع الميتة). فدل على أنه لا قيمة له، وما لا قيمة له لا يضمن، فإن كسره: (أ) فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعة مباحة وإن كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً.

(ب) فإن فصله لا يصلح لمنفعة مباحة وإن كسره لم يصح فلا يلزمه شيء).
(٢) أخرجه أبو داود في مسنده: ص ١٥٤، وأحمد في المسند: ٢٥٧/٥، والطبراني في المعجم الكبير: ٢١١/٨.

(٣) جاء في المستوعب: ٣٩١/٢: (فإن غصب خمرأً من ذمي لزمه ردها عليه، فإن أتلفها فنص أحمد رحمه الله: أنه لا يضمنها).

(٤) هذه مسألة حدث فيها خلاف بين الفقهاء يتلخص فيما يلي:
(أ) المسلم إذا أراق خمرأً مملوكة لذمي فليس عليه ضمان.. ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء لأن الخمر ليس بمال، فلا يضمنه متلفه.. انظر: مختصر المزني: ص ١١٩، والوجيز: ٢٠٨/١.

(ب) المسلم إذا أراق خمرأً مملوكة لذمي يكون عليه الضمان، لأن الخمر في حق الذمي كالخل بالنسبة للمسلم، فلو أراق المسلم خل المسلم وجب عليه الضمان، فكذلك إذا أراق خمر الذمي، لأن حرمة الخمر خاص بالمسلم). انظر: بدائع الصنائع: ٤٤١٣/٩، ومختصر الطحاوي: ص ١٩٩.

(٥) جاء في الكافي: ٣٩٥/٢: (وإن خلطه بمثله مما لا يتميز كزيت بزيت لزمه مثل كيله منه، لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه.. وهذا ظاهر كلام أحمد، لأنه نص على أنه شريك إذا خلطه بجنسه فنبه على الشركة إذا كان مثله).

يلزمه المثل، وعن الشافعي كالمذهبيين. دليلنا: أن الملك لهما لا حق لثالث فيه، فكانا على الشركة كما لو خالطه عليها غيرهما وغاب عنهما، وكما لو كان عنده ودائع فاختلفت بغير فعل أحد.

١١٩٣ - مسألة: إذا غصب أمة فعلمت عنده منه أو من غيره وماتت في النفاس، فعليه الضمان، وبه قال أبو حنيفة، وقال أصحابه: لا شيء عليه إذا كان بعد الرد.^(١) دليلنا: أنها مضمونة عنده ولم تسلم بسبب حادث على فعل مضمون، فأشبهه إذا جرح ثم ماتت، أو جنت واقتص منها بعد الرد.

(١) انظر: تحفة الفقهاء: ٩٧/٣.

كتاب الشفعة^(١)

١١٩ - مسألة: الشفعة لا تستحق بالجوار^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: قول جابر بن عبد الله: «إنما جعل رسول الله الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٥)، ولأن ملك كل واحد منهما مجوز من صاحبه أشبه إذا كان بينهما طريق نافذ.

١١٩٠ - مسألة: لا شفعة في الثمار، وبه قال أكثرهم^(٦)، خلافاً لمالك في إحدى الروايتين^(٧)، وقد روى أحمد: الشفعة في كل مشاع وإن كان مما ينقل. دليلنا: قوله في حديث جابر: (الشفعة في كل ربع وحائط، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة)، فجعل في جنس ما لا ينقل، ولأن ضرره لا يتأبد أشبه الثوب ونحوه.

١١٩٦ - مسألة: إذا ابتاع الأرض بشجرها وثمرها فالشفعة في الجميع إلا

(١) الشفعة: بإسكان الفاء من الشفاعة أي الزيادة والتقوية، أو من الشفع وهو أحسنها. وشرعاً: إستحقاق الشريك: إنتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه إن كان مثله أو دونه بعوض مالي بضمنه الذي استقر عليه العقد. كشف القناع: ١٣٤/٤.

(٢) جاء في المغني: ٣٠٨/٥: (فأما الجار لا شفعة له، وبه قال عمر وعثمان .. والشافعي)
(٣) جاء في نهاية المحتاج: ١٩٧/٥: (ولا شفعة إلا لشريك في العقار المأخوذ، فلو باع داراً وله شريك في ممرها فلا شفعة له فيها لانقضاء الشركة فيها).

(٤) جاء في اختلاف العلماء: ٢٣٩/٤: (قال أصحابنا: الشريك في المبيع أحق من الشريك في الطريق، ثم الشريك في الطريق، ثم الجار الملاصق) انظر: المختصر: ص ١٢٠. وقد استدلوا بقول الرسول ﷺ: «الجار أحق بصقبه».

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه: ج٦، حديث رقم ٢٥٥٨، كتاب الحيل.
(٦) جاء في الكافي: ٤١٧/٢: (النوع الثاني: الزرع والثمرة الظاهرة والحيوان وسائر المبيعات فلا شفعة فيها تبعاً ولا أصلاً، لأنها لا تدخل في البيع تبعاً فلا تدخل في الشفعة تبعاً).

(٧) انظر: بداية المجتهد: ٤٩/٤.

الثمرة^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم : إذا شرط المشتري الثمرة فالشفعة في الجميع. دليلنا: حديث جابر، ولأن ما لا يتبع الأصل بمطلق العقد لا يدخل في الشفعة كقماش البيت.

١١٩٧ - مسألة: دار بين أخوين وعم ورثاها عن الجد، باع أحد الآخرين، فالشفعة لأخيه وعمه^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في أحد قوليه : هي للأخ.^(٣) دليلنا: أنهما شركاء في الملك أشبه الأخوة.

١١٩٨ - مسألة: الشفعة على قدر الأنصاء^(٤)، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى: على عدد الرؤوس، وبه قال أبو حنيفة، وعن الشافعي كالمذهبين.^(٥) دليلنا: أنه

(١) جاء في المستوعب: ٤٠٦/٢: (ولا تؤخذ الثمار بالشفعة تبعاً لما قاله القاضي، وقال أبو الخطاب: تؤخذ وعلى ذلك يخرج الزرع).
(٢) جاء في الممتع: ١٧/٤: (فإن كان شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما .. وعنه على عدد الرؤوس).

(٣) جاء في المذهب: ٢٢٠/٢: (وإن ورث رجلان من أبيهما داراً، ثم مات أحدهما وخلف ابنين، ثم باع أحد هذين الابنين حصته، ففي الشفعة قولان: أحدهما: أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح، لأنهما شريكان للمشتري فاشتركا في الشفعة، كما لو ملكاه بسبب واحد. والثاني: أنها للأخ، لأن الأخ أقرب في الشركة).

(٤) اختلف الحنابلة في هذه المسألة على روايتين:
الرواية الأولى: أن الشفعة بين الشركاء على قدر ما يملكه كل واحد منهم، لأن ذلك حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة.

والرواية الثانية: أن الشفعة تكون بين الشركاء على عدد الرؤوس، لأن كل واحد منهما لو انفرد استحق الجميع، فإذا اجتمعا تساوا كالبنين). (والصحيح في المذهب أنها تقسم على قدر الأملاك). انظر: الممتع: ١٨/٤، والكافي: ٤٣٣/٢.

(٥) جاء في المذهب: ٢٢٠/٢: (وإن كان للشقص شفعاء نظرت، فإن حضروا وطلبوا أخذوا، فإن كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان.. أحدهما: أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس وهو قول المزني، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع. والثاني: يقسم بينهم على قدر الأنصاء، لأنه حق يستحق بسبب الملك فيسقط عند الاشتراك على قدر الأملاك..).

مستحق بالملك فكان حالة الاشتراك على قدر الملك كأجرة الدار وثمره البستان.

١١٩- مسألة : خيار الشفعة موقوف على المجلس، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك : يتقدر بسنة، وعنه أنه على التراخي ما لم يوجد منه ما يدل على إسقاط حقه، وعن الشافعي : الفور والتقدير بثلاثة أيام، والتراخي إلى ما يوجد منها يدل على إسقاط حقه.^(١) دليلنا : على أنه لا يكون على الفور أنه جعل لرفع الضرر، فلو جعلناه على الفور لم يمكنه الإتيان والاختبار فينظر بماذا يرتفع ضرره، بالأخذ أو بالترك.

فصل : الدلالة على أنه لا يثبت بعد المجلس أنه قام قبل المطالبة أشبه إذا أخرها أكثر من سنة.

١٢٠- مسألة : الإمساك عن المطالبة بعد الإشهاد لا يسقط حقه^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي : يسقط إلا أن يكون الإمساك لعدة كالمرض ونحوه.

(١) لقد حدث خلاف في خيار الشفعة على أربعة أقوال :

الأول : أن خياره على الفور، وقدره أبو حنيفة بالمجلس، وهو مذهب الشافعي الجديد ورواية عند الإمام أحمد لقول الرسول ﷺ : «الشفعة كحل العقال» ، فهي واجبة على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب.

الثاني : أنه يقدر بثلاثة أيام. حكى ذلك عن الثوري وابن أبي ليلى.

والثالث : أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ والعفو.

والرابع : على التراضي، فلا يسقط إلا بالعفو صريحاً، أو ما يدل عليه وهو مروي عن الإمام أحمد). انظر: حلية العلماء: ٧٠٠/٢، والكافي: ٤١٥/٢، والمهذب: ٢١٧/٢، وبداية المجتهد: ٥٤/٤.

(٢) جاء في الكافي: ٤٢٠/٢ : (وإن أشهد ثم أخر القدوم لم تبطل شفعته، لأن عليه في العجلة ضرراً لانقطاع حوائجه).

وقال القاضي: تبطل إن تركه مع الإمكان وإن كان له عذر فقدر على التوكيل فلم يفعل، ففيه وجهان: أحدهما: تبطل شفعته. والثاني: لا يبطل. انظر: المغني: ٣٧٧/٥.

وجاء في بداية المجتهد: ٥٤/٤ : (قال أبو حنيفة: إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراضي).

دليلنا: أنه حق ثبت له فلا يسقط بإمساكه كسائر الديون.

١٢٠١ - مسألة: خيار الشفعة لا يورث، وبه قال أبو حنيفة، إلا أننا [نورثه] ^(١) إذا كان قد طالب به قبل موته، وقال أكثرهم: يورث بكل حال. ^(٢) دليلنا: أنه خيار لاستحداث ملك أشبه خيار القبول والإقالة.

١٢٠٢ - مسألة: إذا بنى المشتري أو غرس فللشفيع الأخذ بالثمن والبناء والغراس بالقيمة .. إلا أن يمتنع المشتري من تسليم ما أحدثه فيقلعه ويغرم للشفيع ما نتجت الأرض بالقلع، وبه قال أكثرهم. ^(٣)

١٢٠٣ - مسألة: لا شفعة فيما لا يمكن قسمته، وبه قال الشافعي ^(٤) خلافاً لإحدى الروايتين ولأكثرهم. دليلنا: قوله ﷺ: «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منفعة» ^(٥)، وقال أبو عبيد: المنفعة: الطريق الضيق بين القوم لا يمكن قسمته، وأيضاً فإن الشفعة جعلت لرفع الضرر فلا يزيلها بضرر، كما لو أراد أن يأخذ الشفيع بعض الشقص دون بعض، ووجه الضرر هاهنا أن الشفيع إذا علم أن

(١) في (ب) نسحيه.

(٢) ملخص هذه المسألة: أن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها فهل تسقط الشفعة أم تنتقل إلى الورثة؟

فاتفق الفقهاء على أن المورث لو طالب بالشفعة قبل أن يموت فإنها تنتقل إلى الورثة، لأن الحق يتقرر بالطلب، ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده.

ثم اختلفوا لو أن المورث مات قبل أن يطالب بالشفعة. فذهب الكوفيون إلى أنها تسقط ولا تنتقل إلى الورثة، لأنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة. بينما يرى مالك والشافعي: إلى أنها تورث، لأنه خيار ثبت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب.

انظر: المغني: ٣٧٥/٥، وبداية المجتهد: ٥٥/٤.

(٣) جاء في المغني: ٣٤٤/٥. (وإذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه فله ذلك إن لم يكن في أخذه ضرر).

(٤) جاء في المستوعب: ٤٠٦/٢: (وكل ما لا يقسم ولا هو متصل بعقار كالسيف والجوهرة والحجر والحيوان، وما في معنى ذلك، ففي وجوب الشفعة روايتان، ذكره ابن أبي موسى).

(٥) لم أجده.

له شفعة فيما لا يمكن قسمته امتنع الناس من الشراء، لأنه ينتزع منهم ويتقاعد به الشريك وفارق هذا ما يمكن قسمته، لأن الشريك يطالب بالقسمة ثم يتبعه على وجه لا يكون فيه شفعة.^(١)

١٢٠٤ - مسألة: إذا أسقطا بعض الثمن بعد التفريق لم يثبت ذلك الإسقاط في حق الشفيع، بل يأخذ بالثمن الأول، ذكره ابن حامد، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يأخذه بالثاني. وقال مالك: إن كان الباقي يكون ثمنًا للشقص في العادة أخذه به وإلا فبالأول.^(٢) دليلنا: أنه تغيير في الثمن بعد لزومه فلا يثبت في حق الشفيع كما لو أبرأه من جميعه أو زاد فيه، وعلى مالك إذا لم يبق ما يكون ثمنًا لمثله.

١٢٠٥ - مسألة: إذا أقر المشتري أن الثمن ألف، ثم أقام البائع البينة أن الثمن ألفان أخذه الشفيع بالألف^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة:

(١) جاء في المذهب: ٤٤٨/٣: (الطريق المشترك في درب مملوك ينظر فيه. فإن كان ضيقاً إذا قسم لم يصب كل واحد سهم طرئاً يدخل فيه إلى ملكه فلا شفعة فيه، وإن كان واسعاً). وانظر: المنهاج ومغني المحتاج: ٢٩٨/٢.

(٢) جاء في الكافي: ٤٢٥/٢: (وتعتبر قيمته حين وجوب الشفعة، كما يأخذ الثمن الذي وجب بالشفعة، فإن حط بعض الثمن عن المشتري، أو زيد عليه في مدة الخيار، لحق العقد وأخذه الشفيع بما استقر عليه العقد، لأن زمن الخيار كحالة العقد.. وما وجد بعد ذلك من حط أو زيادة لم تلزم في حق الشفيع، لأنه ابتداء هبة فأشبهه غيره من الهبات). انظر: التفصيل في المغني: ٣٤٥/٥.

(٣) جاء في المغني: ٣٦١/٥: (إذا اختلفا المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري: هو ألف، فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان، أخذهما من المشتري.. وللشفيع أخذه بالألف، لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف، ويدعي أن البائع ظلمه، وبهذا قال الشافعي، لأن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة، وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به..).

(٤) جاء في حاشية العلماء: ٧٠٣/٢: (فإن ادعى البائع أنه باعه الشقص بألفين، وأنكر المشتري الزيادة على ما ادعاه أخذ البائع من المشتري ألفين.. ولا يرجع المشتري على الشفيع إلا بألف.. وقال أبو حنيفة: يرجع عليه بألفين).

بالألفين. دليلنا: أن المشتري لا يخلو اما أن يقول: البينة ظلمتني أو سهوت وأيهما كان لا يلزم الشفيع.

١٢٠٦ - مسألة: لا ينتزع الشفيع الشقص من يد البائع بل يأخذه من المشتري أو من يد الحاكم إن امتنع المشتري من قبضه^(١)، وقال أبو حنيفة: يأخذه من يده، وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين^(٢) دليلنا: أنه حق على المشتري، لأنه ينتزع من ملكه فلا يؤخذ من غيره كالديون.

١٢٠٧ - مسألة: إذا خرج الشقص مستحقاً فعهد الشفيع على المشتري سواء أخذه من يده، أو من البائع، ولا تبطل الشفعة بأخذه من يد البائع، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال أبو حنيفة: إذا أخذه من يد البائع انفسخ البيع، وكانت

(١) جاء في الكافي: ٤٣١/٢: (ويملك الشفيع الأخذ بغير حاكم، لأنه حق ثبت بالإجماع فلم يفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب، ويأخذه من المشتري، فإن كان في يد البائع فامتنع المشتري من قبضه أخذه من البائع، لأنه يملك أخذه فملكه.. وقال القاضي: يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه الشفيع، لأن أخذه من البائع يفوت به التسليم المستحق).

(٢) جاء في المذهب: ٢٢٣/٢: (إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم، لأن الشفعة ثابتة بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب، فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه، وإن كان في يد البائع ففيه وجهان: أحدهما: يجوز أن يأخذه منه لأنه استحق فملك الأخذ.. والثاني: لا يجوز أن يأخذه منه، بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه).

(٣) القاعدة في هذه الحالة هي: (أن عهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع)، وتوضيح ذلك: (هو أن الشفيع إذا أخذ الشقص فظهر مستحقاً، فإنه يرجع بالثمن على المشتري، ويرجع المشتري على البائع، وإن وجده معيماً فله رده على المشتري أو أخذه أرشه منه، والمشتري يرد على البائع، أو يأخذ الأرض منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع). هذا هو مذهب الحنابلة والشافعية.. بينما قال البعض الآخر: عهدة الشفيع على البائع. بينما يرى أبو حنيفة: أنه إن أخذه من المشتري فالعهدة على المشتري، وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه. انظر: المغني لابن قدامة: ٣٧٣/٥، والمختصر: ص ١٢١، والمبسوط: ١٠١/١٤، والمدونة: ٤٠٥/٥.

العهد على البائع. دليلنا: أن المشتري قبض الثمن لنفسه، فكانت العهدة عليه كالبائع مع المشتري.

١٢٠٨ - مسألة: لا شفعة لزمي على مسلم^(١) خلافاً لأكثرهم.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ: «لا شفعة لنصراني»^(٣)، رواه الدارقطني بإسناده عن أنس، ولأنه مما يختص العقار أشبه الاستعلاء.

١٢٠٩ - مسألة: إذا تباع الذميان بخمر، فلا شفعة لمسلم، وبه قال الشافعي^(٤)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنهما تباعا بخمر، فلا تثبت الشفعة كما لو كان بين المسلمين أو ذمي ومسلم.

١٢١٠ - مسألة: لا شفعة في الشقص الممهور^(٥)، وقوله الممهور أي الذي دفع مهراً لامرأته، ذكره أبو بكر وعلي، قياسه في الصلح عن دم العمد والعوض في الخلع، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي: تجب الشفعة، واختلفا بماذا يأخذه؟ فقال مالك: بقيمة الشقص، وقال الشافعي: بقيمة البضع، وهو اختيار ابن حامد من أصحابنا. دليلنا: أنها ملكت الشقص بغير مال أشبه الهبة والإتلاف.

(١) جاء في المغني: ٣٨٧/٥: «ولا شفعة لكافر على مسلم»، يعني أن الذمي إذا باع شريكه شقصاً لمسلم فلا شفعة له عليه.

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٢٤٤/٤: (قال أصحابنا، ومالك والثوري والشافعي: المسلم والذمي في الشفعة سواء)، وجاء في المذهب: ٢١٥/٢: (وتثبت الشفعة للكافر).

(٣) أخرجه الطبراني في المعجم الصغير: ٣٤٣/١ رقم (٥٦٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٠٨/٦.

(٤) انظر: المغني: ٣٨٨/٥.

(٥) جاء في الكافي: ٤١٨/٢: (ما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد، فلا شفعة فيه في ظاهر المذهب، لأنه انتقل بغير مال .. وقال ابن حامد: فيه الشفعة، لأنه عقد معاوضة).

١٢١١ - مسألة : دار بين ثلاثة، باع نفسان لواحد أجنبي، فللشريك مطالبتة بالشفعة في إحدى الحصتين^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: أنه عقد في أحد طرفيه عاقدان فكان صفتين كما لو كان المشتري اثنين.

١٢١٢ - مسألة : إذا ترك الأب أو الوصي المطالبة بشفعة الصبي، والحظ في المطالبة لم تسقط الشفعة، وبه قال الشافعي^(٤)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه تصرف لاحظ له فيه فلا يصح كما لو أسقطا حقه من الديون والعيوب.

١٢١٣ - مسألة : إذا كان الثمن مؤجلاً أخذه الشفيع مؤجلاً إذا كان ملياً^(٥)، وبه

(١) جاء في الكافي: ٤٢٤/٢: (وإن كان المشتري شريكاً، فالشفعة بينه وبين الشريك الآخر، لأنهما تماويا في الشركة فتساويا في الشفعة، كما لو كان الشريك أجنبياً، فإن أسقط المشتري شفעתه ليلزم شريكه أخذ الكل لم يملك ذلك).

(٢) جاء في المهذب: جـ ٢، ص ٢٢٠: (وإن كان المشتري شريكاً بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع، لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع كما لو كان المشتري أجنبياً، وقال أبو العباس: للشريك أن يأخذ الجميع).

(٣) جاء في اختلاف العلماء: ٢٥٢/٤: (إذا اشترى داراً هو شفيعها، وله شفيع آخر، فإنه يأخذ نصفها). انظر: المختصر: ص ١٢٢.

وجاء في المدونة الكبرى: ٢١٩/٤: (قلت لابن قاسم: أرأيت لو أن رجلاً اشترى شقصاً من دار لها شفيعان، فقال أحد الشفيعين: أنا أخذ بالشفعة، وقال الآخر: أنا أسلم الشفعة، فقال المشتري للشفيع الذي قال أنا أخذ: خذ الجميع أو اترك.. وقال الشفيع: لا أخذ إلا حصتي من: قال مالك: يأخذ الشفيع الكل أو يترك، وليس للشفيع أن يأخذ إلا الجميع إذا ترك ذلك صاحبه فقد صارت الشفعة له كلها).

(٤) جاء في الممتع: ١٦/٤: (وإن ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ لم تسقط، وله الأخذ بها إذا كبر، لأن الشفعة وجبت بالبيع، وإسقاط الولي لذلك لا يصح، لأنه إسقاط حق للمولى عليه لا حظ له في إسقاطه فلم يصح..).

(٥) قال ابن قدامة: (وإذا كان الثمن مؤجلاً أخذ به الشفيع إن كان ملياً، وإلا أقام ضمنياً مالياً وأخذ به، لأنه تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته، والتأجيل من صفته). الكافي: ٤٢٥/٢.

قال مالك، وقال أبو حنيفة : له أخذه بثمن حال، أو يصبر حتى ينقضي التأجيل ثم يأخذه^(١)، وعن الشافعي في القديم كقولنا، وفي الجديد كقول أبي حنيفة، وعنه يأخذه بسلعة تساوي الثمن المؤجل. دليلنا: أن التأجيل أحد صفتي الثمن فأخذ به الشفيع كالحلول.

١٢١٤ - مسألة: إذا كان المبيع بشرط الخيار^(٢)، فلا شفعة فيه حتى ينقضي الخيار، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع أولهما فلا شفعة حتى ينقضي، وإن كان للمشتري أخذ بالشفعة، وعن الشافعي كالمذهبين. دليلنا: أن الخيار لم ينقض من البائع أشبه إذا كان لهما أو للبائع.

١٢١٥ - مسألة: إذا أوقف الشقص سقطت الشفعة^(٣)، وقال أبو بكر في التنبيه: لا تسقط، وبه قال أكثرهم، وعن أبي حنيفة كالمذهبين. دليلنا: أنه أحدث في

(١) جاء في اختلاف العلماء: ٢٤٣/٤: (قال أصحابنا: إذا اشترى داراً بثمن مؤجل، فإن شاء الشفيع: صبر حتى يحل الأجل، ثم يأخذ، وإن شاء أخذها بالثمن حالاً، وهو قول الثوري والشافعي..)

وقال مالك: وإن كان مليئاً أخذها بالثمن إلى أجله، وإن كان مخوفاً، فإن جاء على ثقة مثل الذي اشترى منه فذلك له).

(٢) لو أنه بيع شقص واشتري الخيار لهما أو لأي منهما .. فهل يجوز المطالبة بالشفعة في مدة الخيار أم لا...؟ لقد اتفق الفقهاء على أن الخيار لو كان للبائع وحده أو لهما معاً فإنه لا يجوز المطالبة بالشفعة حتى تنتهي مدة الخيار، لما في الأخذ من إبطال خياره، وإلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه، ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر البائع، لأنه أسقط حقه من الفسخ والضرر، والضرر لا يزال بالضرر ..

أما إذا كان الخيار للمشتري وحده فقط حدث خلاف:

أ - فذهب الأحناف - وفي رواية في المذهب الشافعي - أن الشفعة تثبت في مدة الخيار، لأنه لا حق له لغير المشتري، والشفيع يملك إسقاط حقه، ولهذا يملك إسقاط حقه بعد لزومه البيع، واستقرار الملك، فلأن يملك قبل لزومه أولى.

ب - بينما ذهب الحنابلة ومالك ورواية عن الشافعي إلى عدم الأخذ بالشفعة في مدة الخيار، لأنه فيه خيار فلا يأخذ به.

انظر: كشاف القناع: ١٦٢/٤، والكافي: ٤٣٤/٢، واختلاف العلماء: ٢٤٤/٤، والمهذب: ٢١٤/٢ وما بعدها، والكافي لابن عبد البر: ص ٤٣٩، ومختصر المزني: ص ١٢٠.

(٣) جاء في الكافي ٤٢٩/٢: (وإذا تصرف المشتري في الشقص قبل أخذ الشفيع، فإن وهبه أو وقفه أو رهنه أو أجره ونحوه .. فعن أحمد تسقط الشفعة، لأن في الأخذ بها إسقاط حق

المبيع ما لا يلحقه الفسخ أشبه العبد المشتري من دار الحرب إذا أعتق وله سيد في دار الإسلام.

١٢١٦ - مسألة: إذا توكل الشفيع لأحد المتبايعين لم تسقط شفيعته^(١)، وبه قال الشافعي. ويقال أبو حنيفة: إن توكل للمشتري بطلت. دليلنا: أنه توكل لأحد المتبايعين فهو كما لو توكل للبائع، يؤكد هذا أن هناك يتهم في المسامحة في الثمن وهامنا بخلافه.

فصل: فإن ضمن لأحد المتبايعين العهدة أو جعل إليه الخيار فاختر الإمضاء لم تسقط شفيعته، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه نوع معاونة أشبه إذا طلب البائع رهناً بالثمن فأعطاه رهناً، ولأنه رضا بالمبيع أشبه قوله رضيت بالتبائع.

١٢١٧ - مسألة: لا تثبت الشفعة في الموهوب أو المتصدق به إلا أن يقابله عوض^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحد الروايتين عن مالك. دليلنا: قوله في حديث جابر: «ولا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق^(٤)»، فعلق جنس الشفعة بالبيع. ولأنه ملكه بغير عوض أشبه الإرث والوقف.

الموهوب له، أو الموقوف عليه بالكلية، وفيه ضرر.. وقال أبو بكر: تجب الشفعة، لأن حق الشفيع أسبق).

انظر: كشف القناع: ١٥٢/٤.

(١) جاء في كشف القناع: ١٤٥/٤: (أو توكل الشريك لأحد المتبايعين، أو جعل له الخيار فاختر إضفاء البيع فهو على شفيعته، لأن ذلك سبب لثبوت الشفعة، ولأن نسقط لها الرضا بتركها بعد وجوبها ولم يوجد).

(٢) الكافي: ٣٢/٢ وما بعدها، وكشاف القناع: ١٤٥/٤.

(٣) جاء في المستوعب: ٤١٥/٢: (فإن تصرف المشتري بالهبة والصدقة والإيقاف على معين أو مطلقاً مثل أن جعل الشقص مسجداً، بطلت الشفعة في جميع ذلك. نص عليه).

(٤) أخرجه النسائي: ٣١٩/٧، وأحمد في المسند: ٣٠٧/٣، وابن ماجه في سننه: ٨٣٣/٢.

١٢١٨ - مسألة: لا يجوز أخذ العوض على الشفعة^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لمالك. دليلنا: أنه خيار لا يسقط إلى مال، فإذا ملك لن يملك به لم يأخذ عليه العوض كخيار القبول والمجلس، ولا يلزم الرد به بالعيب، لأنه يؤول إلى مال.

١٢١٩ - مسألة: إذا تهدم البناء فالشفيع يأخذ الباقي بقسطه من الثمن، وبه قال مالك^(٣)، وقال أبو حنيفة: إن كان بفعل سماوي فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن وبين أن يترك، ولا شيء له، وإن كان بفعل آدمي أخذ الباقي بقسطه^(٤) من الثمن ولا يأخذ المنقوض، وهو اختيار ابن حامد، وعن الشافعي في الموضعين قولان: الأخذ بالجميع والأخذ بالقسط. دليلنا: أنه أخذ بعض ما تناولته الصفقة فأخذه بقسطه كما لو باع شقصاً وسيفاً.

١٢٢٠ - مسألة: لا يجوز للمتبايعين أن يحتالا لإسقاط الشفعة، وذلك نحو أن

(١) جاء في المغني: ٣٢٨/٥: (وإذا قال الشفيع للمشتري: صالحي على مال سقطت الشفعة، وقال القاضي: لا تسقط، لأنه لم يرض بإسقاطها وإنما رضى بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة).

ولنا: أنه رضى بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضى به ولم يثبت العوض ..

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٢١/٥: (ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض، وأبطل حق الشفعة). انظر: البحر الرائق: ٢٥٥/٨.

(٣) جاء في التلخيص: ٤٣١/٢: (إن تلف بعض المبيع، فهو من ضمان المشتري، لأن ملكه تلف في يده، وللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، ويأخذ أنقاضه، لأنه تعذر أخذ البعض فجاء أخذ الباقي كما لو أتلفه آدمي.. وقال ابن حامد: إن تلف بفعل الله تعالى لم يملك الشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك، لأن في أخذه بالبعض إضراراً بالمشتري فلم يملكه).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ٢٨/٥: (وإن كان زوال الاتصال بفعل المشتري أو أجنبي بأن تهدم البناء أو قطع الشجر تسقط حصته من الثمن .. فيقسم الثمن على البناء مبنياً وعلى قيمة الأرض). وجاء في البحر الرائق: ٢٤٨/٨: (لو اشترى أرضاً فيها بناء أو غراس، فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء، لأنها تابعة للأرض).

يعقدا عقد هبة ويتوافقا على أن يعوضه في الثاني، وقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز.^(١) دليلنا: أن فيه ضرر على الشفيع أشبه إذا أراد ذلك بعد التبايع.

١٢٢١ - مسألة: إذا اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن وأقاما البينة قدم بينة الشفيع^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أبو يوسف: بينة المشتري.^(٣) دليلنا: أن البينتين تعارضتا في قول المشتري، لأن بيئته تقول اشترى بثمانين وبينة الشفيع اشترى بمائة وأحدهما حق له والآخر حق عليه، فقبل فيما عليه لا له، وتفارق هذا بنية البائع والمشتري لأن بينة البائع تشهد على المشتري وبيئته المشتري على البائع، فلهذا قدمنا من شهد بزيادة.

١٢٢٢ - مسألة: إذا جنى على شخص جنايتين أحدهما خطأ فصالحه منها على شقص فالشفعة في بعضه^(٤)، وقال أبو حنيفة : تسقط الشفعة في الجميع ووافقنا أصحابه، وهذا يخرج على قولنا أن العمد أوجب قوداً فقط، وإن قلنا أحد شيئين فالجنايتين أوجبت ما لا ففي الجميع شفعة. دليلنا: أن ما قابل العمد لم يقابله مال فأشبهه إذا جعل صداقاً، وما قابل الخطأ عوض عن مال أشبهه سائر الأموال.

(١) لقد وضع الكاساني هذه المسألة فقال: الحيلة: (أ) إن كانت قبل وجوب الشفعة فهي مكروهة بلا خلاف. (ب) وإن كانت بعد وجوب الشفعة.. قال أبو يوسف : لا تكره .. وقال محمد: تكره لأن الحيل تؤدي إلى سد باب الشفعة). انظر: المرجع السابق، والمستوعب: ٤١٢/٢.

(٢) جاء في شرح الزركشي: ٥٦٢/٢: (ولو أقاما بينتين على ما ادعاه، فقال الشريف: تقدم بينة الشفيع لأنه خارج، وقيل: يتعارضان). انظر: المستوعب: ٤١٨/٢.

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ٣١/٥: (وإن أقاما جميعاً البينة .. فالبينة بينة الشفيع عن أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: البينة بيئة المشتري، لأن بيئة المشتري تظهر زيادة فكانت أولى بالقبول). انظر: البحر الرائق: ٢٤٦/٨.

(٤) جاء في المغني: جـ ٥، ص ٤٤٦: (وإن جنى جنايتين عمداً وخطأً، فصالحه منها على شقص، فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه، وبه قال أبو يوسف ومحمد .. وقال أبو حنيفة: لا شفعة في الجميع).

١٢٢٣ - مسألة: إذا باع المريض في مرض موته لوارثه استحق فيه الشفعة^(١) خلافاً لأبي حنيفة، ووافقنا أصحابه، وهذا يدل على أن البيع عنده باطل وعندنا صحيح، وقد تقدم الكلام فيه.

١٢٢٤ - مسألة: إذا باع المرتد ثم أنه مات على الردة أو قتل، فهل يستحق لذلك شفعة؟^(٢) [.....].^(٣)

١٢٢٥ - مسألة: إذا أقر البائع بالتبائع وأنكر المشتري، فلا نص فيه، ويحتمل أن لا تجب الشفعة^(٤)، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة وبعض الشافعية.^(٥) دليلنا: أن الشفيع فرع للمشتري، لأن الشقص من ملكه يؤخذ فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع.

(١) جاء في المستوعب: ٤١٠/٢: (وإذا باع المريض من وارثه شقصا بتمن المثل، وجب الشفعة).

(٢) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٣) بياض في الأصل.

(٤) جاء في المستوعب: ٤١٠/٢: (وإذا أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري، فهل تجب الشفعة؟ فيه وجهان...).

(٥) جاء في المغني: ٤٥٢/٥: (وإن أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري، ففيه وجهان، أحدهما: للشفيع الأخذ بالشفعة، وهو قول أبي حنيفة والمزني والثاني: ليس له الأخذ بالشفعة، وهو قول مالك وابن شريح، لأن الشفعة فرع للبيع، ولم يثبت فلم يثبت فرعُه). انظر: الكافي: ١٢٨/٢.

كتاب الإجازات^(١)

١٢٢٦ - مسألة: لا يجوز فسخ الإجارة لعذر في غير المعقود عليه،^(٢) وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: أنه عقد لازم فلا يثبت الفسخ فيه لعذر في غير المعقود عليه إذا لم يتفاوت الاستيفاء كالبيع ولا يلزم الرضاع أنه يبطل بموت الطفل، لأن الشرب يتفاوت، وهاهنا لا يتفاوت لأن من استأجر دكاناً يبيع فيه البز ونض متاعه يمكنه أن يؤجره لغيره فيستوفي المنفعة كاستيفاء الأول.

١٢٢٧ - مسألة: تملك الأجرة بالعقد، ويطالب بها بعد تسليم العين، وتستقر بانقضاء المدة^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: تملك في أجر كل يوم بقسطه، وقال مالك: تملك بالعقد إلا أن المطالبة يوماً بيوم.^(٥) دليلنا: أنه عقد يصح بشرط تعجيل العوض فيه فكان إطلاقه يقتضيه كالبيع.

(١) الإجارة: بكسر الهمزة: هي العقد على المنافع بعوض.. ومنه سمي الثواب أجراً، لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته، أو صبره عن معصيته.
وشرعاً: هي عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم). انظر: شرح منتهى الإرادات: ٣٥٠/٢.
(٢) الإجارة: عقد لازم. وهو العقد الصحيح النافذ الذي لا يملك أحد العاقلين فسخه وإبطاله دون رضا الآخر... فقد جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣٧١/٤: (والإجارة عقد لازم من الطرفين لأحد فيهما فسخها بلا موجب لأنه عقد معاوضة...)
(٣) هذه المسألة: حدث فيها اختلاف.. فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها عقد لازم، ولكنهم اختلفوا فيما يفسخ، فذهب مالك والشافعي وغيرهم إلى أنه لا يفسخ إلا بما يفسخ به العقود اللازمة من وجود عيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة... وقال أبو حنيفة: يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر). انظر: بداية المجتهد: ١٦/٤ وما بعدها، والمهذب: ٢٥٣/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٣١٢/٢: (وإذا استوفى المنفعة استقرت الأجرة، لأنه قبض المعقود عليه فاستقر بدله، وإن سلم إليه العين مدة يمكن الاستيفاء منها استقرت الأجرة عليه، لأن المعقود عليه تلف تحت يده).

(٥) جاء في بداية المجتهد: ١٧/٤: (وربما احتج الحنفية على المالكية، بأن الأجرة عندهم تستحق جزءاً فجزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة.. وأما الشافعية فاستيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد).

١٢٢٨ - مسألة : الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين، وبه قال أكثرهم، وهو اختيار الخرقي^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه عقد لازم فلا يبطل بموت أحد المتعاقدين مع سلامة المعقود عليه كالبيع، ولأن المؤجر كانت هذه العين على ملكه مسلوقة المنفعة فانتقلت إلى ورثته، كذلك كالمزوجة.

١٢٢٩ - مسألة : إذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم لزم في الشهر الأول وما بعده فيلزم بالدخول فيه، وبه قال أكثرهم^(٢)، وفيه رواية أخرى : تبطل في الجميع، وهي اختيار أبي بكر، وبه قال الشافعي. دليلنا: «أن علي رضي الله عنه - أجر نفسه من رجل على أن ينضح له ما يسقى النخل كل دلو بتمرة، وأعلم النبي بذلك فأقره»^(٣)، وهذا نظير مسألتنا، لأن الدلاء لا نهاية لها كالشهور، وأيضاً فإن الشهر الأول معلوم، والأجرة معلومة، فيجب أن لا تبطل للجهالة في غيره كقوله : أجرتك شهراً بدرهم وما بعده بحسابه.

١٢٣٠ - مسألة : إذا قال : أجرتك شهراً بدرهم بطل ولم يحمل على ما يتعقب العقد، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال الشافعي : الإجارة صحيحة، وينصرف إلى ما

(١) جاء في المغني ٤٦٧/٥ : (وإذا مات المكري والمكترى أو أحدهما .. فالإجارة بحالها - أي لا تنفسخ) هذا قول مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، لأنه عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه.. وقال الثوري وأصحاب الرأي: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما، لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت).

(٢) جاء في الكافي: ٣١٠/٢ : (فإن قال أجرتكما كل شهر بدرهم، فالمنصوص أنه صحيح، وذهب إليه الخرقي والقاضي: لكن تصح في الشهر الأول بإطلاق العقد .. وما بعده يصح العقد بالتبليس به).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الرهون، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلدَةً: ٨١٨/٢، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الإجارة، باب جواز الإجارة: ١١٩/٦.

(٤) جاء في المستوعب: ٣٢٨/٢ : (فإن قال: أجرتك هذه العين كل شهر بكذا، لم يصح العقد في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: يصح، وكلما دخلها في شهر لزمها حكم الإجارة فيه).

يلي العقد. دليلنا: أن العقد وقع على مجهول .. ألا ترى أنه يحسن أن يفسره بأي شهر شاء، فهو كقوله: أجرتك حيناً وزماناً ومدة.

١٢٣١ - مسألة: إذا وقعت الإجارة على شهر رمضان في شهر رجب صح العقد^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً للشافعي^(٣). دليلنا: أنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها منفرداً مع عموم الناس كالتي تلي العقد، وقولنا: مع عموم الناس احتراز من القول بموجب العلة إذا أجرها ممن هي في إجارته فيما قبل شهر رمضان.

١٢٣٢ - مسألة: يجوز عقد الإجارة على مدة تزيد على سنة^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال الشافعي في أحد قوليهِ: لا تصح، وعنه لا تزداد على ثلاثين سنة^(٦). دليلنا: أن ما جاز أن يكون أجلاً جاز أن يكون إجارة كالسنة فما دون.

(١) جاء في كشف القناع: ٦/٤: (ولا يشترط أن تلي المدة - أي مدة الإجارة - العقد، فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صح العقد، لأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها فجاز العقد عليها مفردة كالتي تلي العقد، سواء كانت العين المؤجرة مشغولة وقت العقد بإجارة أو رهن .. أو لم تكن مشغولة). وانظر: المستوعب: ٣٢٨/٢.

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٣٤٨/٢: (ولو أضاف الإجارة إلى زمان في المستقبل بأن قال: في رمضان أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة المحرم، يجوز.

وقال الشافعي: لا تجوز الإجارة ما لم يكن أول المدة عقيب العقد).
(٣) وجاء في بداية المجتهد: ١١/٣: (وكذلك لم يجز الشافعي إذا كان أول العقد متراخياً عن العقد وأجازه مالك).

(٤) جاء في شرح المنتهى: ٣٦٤/٢: (ولا تصح إجارة من وكيل مطلق لم يقدر له الموكل أمداً مدة طويلة كخمس سنين بل يؤجر العرف المعهود غالباً كسنتين ونحوهما كثلاث سنين، لأنه المتبادر مع الإطلاق).

(٥) قال ابن رشد: (وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمن الذي تقدر به هذه المنافع، فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا يتغير في مثله)، وقال الشافعي: لا يجوز لأكثر من عام. انظر: بداية المجتهد: ١١/٤.

(٦) جاء في الحاوي للماوردي: ٢٢٥/٩: (قال المزني: قال الشافعي: وله أن يؤجر داره وعيده ثلاثين سنة)، قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كانت الإجارة على سنة واحدة فيجوز، لأن الغرر فيها يسير، والضرورة داعية إليها. أما إذا زادت على السنة، فقد حكى عن مالك: أنه

١٢٣٣ - مسألة: إذا وقعت الإجارة على سنين بأجرة واحدة، ولم يبين قسط كل سنة صحت الإجارة^(١)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي على القول الذي يجيزها أكثر من سنة قولين، أحدهما: كمذهبنا، والثاني: لا يصح حتى يبين قسط كل سنة. دليلنا: أن المنافع كالأعيان بدلالة أنها تضمن في العقد الصحيح بالمسمى، وفي الفاسد بعوض المثل ثم الأعيان يجوز أن يعقد على عينين بثمن واحد، كذلك على سنتين ولا فرق بينهما.

١٢٣٤ - مسألة: إذا استأجر دابة ليخرجها إلى بلد بعينه، وقبضها ومضى زمان يمكن تسييرها فيه، استقرت الأجرة، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه قد وجد التمكين من استيفاء المنفعة أشبه إذا سيرها.

١١٣٥ - مسألة: إذا انقضت مدة الإجارة لم يلزم المستأجر رد العين حتى يطالب بردها وليس عليه أجرة الرد، وقال مالك والشافعي: يلزمه الرد والأجرة عليه، فإن هلكت فهي من ضمانه. دليلنا: أنه عقد لا يقتضي ضمان أشبه عقد الوديعة وعكسه العارية.

١٢٣٦ - مسألة: يجوز بيع العين المؤجرة^(٣)، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة:

== جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير، وللشافعي فيما زاد عن السنة الواحدة قولان: أحدهما: لا تجوز الإجارة أكثر من سنة، لأن الإجارة غرر، لأنها عقد على منافع قد تسلم وقد لا تسلم، فإن قل الزمان قل غررها فجاز، وإن طال الزمان كثر الغرر فبطل. والثاني: وهو أصح القولين هنا: أن الإجارة تجوز أكثر من سنة، قال الشافعي ههنا ثلاثين سنة. والدليل قوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ بِأَمْوَالِكِمْ أَهْلًا مَتَّعِينَ ﴾ على أن تأجرني ثمانين حجج سورة القصص: آية ٢٧، فدل ذلك على جواز الإجارة سنين.

(١) جاء في المستوعب: ٣٣١/٢: (وإذا استأجر داراً أو أرضاً مدة عشر سنين بدراهم معلومة ولم يبين قسط كل سنة جاز).

(٢) انظر: المغني: ٤٤٥/٥ وما بعدها.

(٣) جاء في المستوعب: ٣٣١/٢: (ويجوز بيع العين المؤجرة من غير المستأجر ولا تنفسخ الإجارة بذلك، وللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء إن لم يكن علم بالإجارة، وإن علم ورضي فليس له التصرف في الملك إلا بعد انقضاء الإجارة).

عليه
مذهب
أبي
عبد
الله
أحمد
بن
حبيب

لا تباع في غير دين يحبسها الحاكم على بيعها فيه، وعن الشافعي: كالمذهبيين.^(١) دليلنا: أنه عقد على منفعة فهو كالنكاح، ولأن الحاكم بيعها في الدين أشبه المزوجة.

١٢٣٧ - مسألة: لا يجوز إجارة المشاع إلا أن يؤجره من شريكه، أو يؤجر الشريكان من واحد، فإن أجر المالك الشيء لنفسين لم يجز.^(٢) وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: يجوز ذلك^(٣)، وهو اختيار أبي حفص العكبري من أصحابنا. دليلنا: أنه عقد على منفعة فنافاه الإشاعة كالنكاح، ولأن الإشاعة تمنع التسليم، فهو كما لو أجره شهراً وشرط يوماً يسلم ويوماً لا يسلم.

١٢٣٨ - مسألة: يجوز الاستئجار على استيفاء القصاص^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أبو حنيفة: لا يصح ذلك في الاستئجار على النفس خاصة. دليلنا: أنه فعل يصح التوكيل فيه فأشبهه استيفاء الديون، وكالقصاص في الأطراف.

١٢٣٩ - مسألة: الأجرة في استيفاء القصاص على المقتص منه، ذكره أبو بكر،

(١) جاء في المذهب: ٥٥٧/٣: (وإن أجر عيناً ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان أحدهما: أن البيع باطل، لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع، والثاني: يصح).

(٢) جاء في الكافي: ٣٠٤/٢: (قال بعض أصحابنا: لا يجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجره معاً، لأنه لا يمكنه تسليم حصته إلى المستأجر إلا بموافقة الشريك). وقال أبو حفص: يجوز، لأنه يصح بيعه ورهنه فصحت إجارته كالمفروز).

(٣) جاء في المذهب: ٥١٥/٣: (وتجوز على عين مفردة، وعلى جزء مشاع، لأننا بينا أنه بيع، والبيع يصح في المفرد والمشاع، فكذلك الإجارة).

(٤) جاء في المغني: ٤٦٥/٥: (ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فما دونها وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: لا يجوز في النفس، لأن عدد الضربات تختلف وموضع الضربات غير متعين).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٧٣٥/٢: (ويجوز الاستئجار على استيفاء القصاص في النفس والطرف، وبه قال مالك).

وقال أبو حنيفة: (لا يجوز ذلك في النفس).

وبه قال الشافعي^(١)، وقال أكثرهم : على المقتص له . دليلنا : أنها أجرة لتوفية حق فكانت على الموفى كأجرة الكيال والوزان .

١٢٤٠ - مسألة : لا يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وهكذا على الحج والأذان^(٢)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم . دليلنا : قوله ﷺ : «تعلموا القرآن ولا تجفوا عنه ولا تأكلوا به ولا تستكثروا منه»^(٣) . وقوله لأبيّ وقد أعطاه الطفيل بن عمرو الدوسي قوساً، وكان قد أقرأه القرآن : «إنك تقلدها منقلدة من نار جهنم»^(٤)، وأيضاً فإن هذه الأشياء من شرطها أن تقع قربة لفاعلها فهي كالصلاة .

١٢٤١ - مسألة : لا يجوز أخذ الأجرة على الحجامة، فإن أخذ من غير شرط فإنه يعلفه ناضحه ويطعمه الرقيق^(٥)، وقال أكثرهم : هو مباح كالأجرة عن سائر

(١) جاء في المغني : ٤٦٥/٥ : (والأجر على المقتص منه، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور.. وقال أبو حنيفة ومالك : هو على المستوفي، لأنه غير متعين) .

(٢) جاء في الممتع : ٤٦١/٣ : (ولا تصح الإجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القرية كالحج والأذان ونحوه .. وعنه : تصح) .

أما كونها لا تصح على المذهب، فلأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يصح أخذ الأجرة عليها .

وأما كونها تصح على رواية، فلأن النبي ﷺ : «زوج رجلاً بما معه من القرآن» متفق عليه . انظر : المستوعب : ٣٤٠/٢ .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده : ٤٤٤/٣ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ١٧/٢ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه : ٧٣٠/٢ ، والطبراني في المعجم الأوسط : ٢٧٤/١ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ١٢٥/٦ .

(٥) هذه المسألة محل خلاف في المذهب :

(أ) اختار أبو الخطاب : أنه يجوز أن يستأجر حجاماً ليحجمه وأجره مباح .. وقد استدل على ذلك بما روي عن ابن عباس حيث قال : أنا آكله .. ولأن النبي ﷺ «احتجم وأعطي الحجام أجرة، ولو علمه حراماً لم يعطه» . وفي رواية : «لو علمه خبثاً لم يعطه» .. ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القرية فجاز .

(ب) بينما يرى القاضي : أنه لا يباح أجر الحجام، وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع وقال : أعطي شيئاً من غير عقد ولا شرط فله أخذه ويصرفه في علف دوابه، وطعمة عبده، ومؤنة صناعته، ولا يحل أكله، لأن النبي ﷺ قال : «كسب الحجام خبيث» . انظر : المغني لابن قدامة : ٥٣٩/٥ ، والممتع : ٤٦٤/٣ .

الأعمال. دليلاً: ما روى عقبة بن عمرو عن النبي ﷺ : «أنه نهى عن كسب الحجام»^(١)، وفي لفظ آخر : «أجرة الحجام خبيث، وثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث»^(٢)، وروي أنه قال لمخيسة : «لا تأكله واعلفه ناضحك وأطعمه الرقيق»^(٣)، ولأنها أجرة نهى الشرع عنها نطقاً أشبه مهر البغي، وحلوان الكاهن، وعسب الفحل.

١٢٤٢ - مسألة: يجوز شرط الخيار في الإجارة^(٤)، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي^(٥): لا يجوز إلا إذا كانت في الذمة. دليلاً: أنه عقد معاوضة محضة يجوز التفرق فيه قبل القبض، فجاز فيه شرط الخيار كالبيع، وكما لو كانت على ما في الذمة.

١٢٤٣ - مسألة: إذا استأجر عيناً ملك إيجارتها بزيادة عما استأجرها^(٦)، وبه

(١) أخرجه أحمد في مسنده: ٤٣٦/٥، والطبراني في المعجم الكبير: ١١٣/٢٢، والحاكم في المستدرک: ٦٥٦/٣.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: ١١٩٩/٣، وأحمد في مسنده: ١٤١/٤.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه: ٢٦٦/٣، والترمذي في جامعه: ٤٩٢/٣، وابن ماجه في سننه: ٧٣٢/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٣١٤/٢: (إذا آجره مدة تلي العقد لم يجز شرط الخيار، لأنه يمنع التصرف فيها أو في بعضها فينقص عما شرطاه.. وفي خيار المجلس وجهان، أحدهما: لا يثبت ذلك، والثاني: يثبت لأنه يسير، وإن كانت لا تلي العقد يثبت الخياران، لأنها بيع، ولا مانع من ثبوتها فيها).

(٥) جاء في المذهب: ٥٣٢/٣: (وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار، لأن الخيار يمنع من التصرف، فإن حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة، وإن حسب على المكري نقصنا من المدة، وهل يثبت فيه خيار المجلس؟ أحدهما: لا يثبت لما ذكرنا من النقصان والزيادة في خيار الشرط. والثاني: يثبت لأنه قدر يسير ولكل واحد منهما إسقاطه. وإن كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه، أحدهما: لا يثبت فيه الخياران، لأنه عقد على غرر، والثاني: يثبت فيه الخياران. والثالث: يثبت فيه خيار المجلس دون الشرط. انظر: روضة الطالبين: ٤٣٦/٣، ومغني المحتاج: ٤٤/٢).

(٦) جاء في المستوعب: ٣٣١/٢: (ويجوز أن يؤجر ما استأجره بعد قبضه من المؤجر ومن غيره بمثل الأجرة وبزيادة ويملك الزيادة في إحدى الروايات، وفي الثانية: يجوز بإذن المؤجر ولا يجوز بغير إذنه، وفي الثالثة: إن حدد في العين عمارة جاز أن يؤجرها بزيادة، وإن لم يحدد تصدق بالزيادة).

قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى : لا يجوز إلا أن يكون قد أحدث فيها بناءً، فإن فعل تصدق بالزيادة^(١)، وبه قال أبو حنيفة. وقد روي عن أحمد لفظين آخرين أحدهما: لا توجر بحال. والثاني: يجوز، بشرط أن يستأذن المؤجر في إجارتها بزيادة وجه الأولى : أن من ملك أن يؤجر بمثل الأجرة ملك أن يؤجر بزيادة كما لو أحدث فيها بناء.

١٢٤٤ - مسألة: يجوز أن يؤجر ما استأجره من مؤجره^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه عقد يجوز مع غير العاقد فجاز معه كالبيع.

١٢٤٥ - مسألة: يجوز أن يستأجر سكنى دار بسكنى دار، وهكذا في العبيد^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن المنافع كالأعيان، ثم الأعيان يكون بعضها عوضاً عن بعض كذلك المنافع، وقد قاس بعضهم على منافع الدار بمنافع العبد، وقد منعه المخالف وقال : هذا يأخذونه من قياس قولنا أن العبد كالأجناس المختلفة، ولهذا لا يقسم بعضهم ببعض.

١٢٤٦ - مسألة: يجوز الاستئجار بالطعام والكسوة^(٥)، وبه قال مالك وهو اختيار الخرقى، وقال أكثرهم : لا يجوز، وعن أحمد نحوه، إلا أن أبا حنيفة استثنى الظئر خاصة^(٦). دليلنا: قوله ﷺ : «رحم الله أخي موسى أجر نفسه

(١) قال الإمام أحمد: (أنه إن أحدث في العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة وإلا لم تجز الزيادة، فإن فعل تصدق بالزيادة). انظر: المغني: ٥٧٩/٥.

(٢) جاء في المغني: ٤٧٨/٥: (ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها. نص عليه أحمد).

(٣) جاء في المذهب: ٥٤٢/٣: (وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها، لأن الإجارة كالبيع، ويجوز من المؤجر ومن غيره). انظر: الكافي: ٣٣٥/٢.

(٤) جاء في المستوعب: ٣٣١/٢: (ويجوز أن تكون الأجرة منفعة أيضاً مثل أن يستأجر داراً بسكنى دار، أو عبداً لخدمة عبد، أو داراً لخدمة عبد، ونحو ذلك).

(٥) جاء في الكافي: ٣١٢/٢: (ويجوز أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته، سواء حصل ذلك جميع الأجرة أو بعضها).

(٦) الظئر: المبرضة لغير ولدها، ويطلق على زوجها أيضاً.

عشرة سنين أو ثمان سنين بشبعة بطنه وعفة فرجه»^(١)، وهذا شرع لنا ما لم ينسخ، وأيضاً فإن هذه الأشياء لها عرف يحمل عليه وهو نفقة الزوجات والإطعام في الكفارات فحمل الإطلاق عليها كنقد البلد لما كان معروفاً حمل إطلاق الثمن عليه. ونخص أبا حنيفة : بأن ما جاز أن يكون أجره في حق الظئر جاز في حق غيرها كالدراهم المقدرة، وكالطعام والكسوة إذا سمى لها مبلغاً معلوماً.

١٢٤٧ - مسألة: يجوز استئجار الكتب للنظر^(٢) فيها، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها أحد نوعي المنفعة، أشبه المنفعة بغير النظر كخدمة العبد ونحوه والتعليل للإنتفاع بالنظر، ولا يلزم استئجار المصحف لأنه بعض النوع.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٨١٧/٢، كتاب الرهون. قال في الزوائد: إسناده ضعيف، لأن فيه بقية وهو مدلس، وليس لبقية هذا عند ابن ماجه سوى هذا الحديث، وليس له شيء في بقية الكتب الخمسة).

(٢) جاء في المغني لابن قدامة: ٥٤٩/٥: (وتجوز إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها، للانتفاع بها في القراءة فيها والنسخ منها).

(٣) جاء في حلية العلماء: ٧٢٣/٢: (فإن استأجر كتاباً ليقرأ فيه مصحفاً كان أو غيره جاز، وقال أبو حنيفة: لا يجوز).

١٢٤٨ - مسألة: إذا استأجر رجلاً لبيع له ثوباً بعينه أو يشتريه، صحت الإجارة^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن ما جاز التوكيل فيه جاز الاستئجار عليه كحمل المتاع من مكان إلى مكان، وكما لو قدره بزمان فقال: استأجرتك يوماً تبتاع فيه متاعاً.

١٢٤٩ - مسألة: لا ضمان على الأجير المشترك^(٣) ما لم تجن يده^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وهو اختيار الخرقى وأبي بكر، وفيه رواية أخرى: عليه الضمان، وعن الشافعي كالْمذهبين^(٥)، وقال مالك: يضمن ما جنت يده وما لم تجن، وعن أحمد رواية: إن كان بأمر ظاهر لا يستطيع دفعه كالْحريق والموت لم يضمن. دليلنا: قوله ﷺ: «لا ضمان على مؤتمن»^(٦)، والأجير مؤتمن، ولأنه قبض العين

(١) جاء في كشف القناع: ١١/٤: (ويجوز أن يستأجر سمساراً ليشتري له ثياباً، لأنه منفعة مباحة كالبناء).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٧٣٢/٢: (وإن استأجره ليشتري له ثوباً بعينه صحت الإجارة) وقال أبو حنيفة: (لا يصح أن يستأجره على بيع شيء بعينه).

(٣) الأجير المشترك: هو الذي لا يستحق المستأجر نفعه كاملاً، بل له جزء من العمل، وسمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لأكثر من واحد في وقت واحد، ويعمل لهم فيشتركون في نفعه. أحكام الأجير المشترك:

(أ) لا يسأَم الأجرة إلا بتسليم عمله لقول الرسول ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»، ولأنه أحد العوضين، فلزم تسليمه عند تسليم الأجر كالبيع.

(ب) تنعقد الإجارة بذمته.

(ج) له أن يعمل لأكثر من واحد.

(د) يضمن ما تلف في يده سواء حدث بالخطأ أم بالتعدي، لأن عمله مضمون عليه، لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل. لأن الناس لا يصلحون إلا لذلك).

(٤) جاء في الكافي: ٣٢٨/٢: (قال القاضي وأصحابه: لا ضمان عليه ما لم يتعد)

(٥) جاء في المذهب: ٥٦٠/٣: (فإن كان الأجير مشتركاً وهو الذي يعمل له ولغيره كالقصار الذي يقصر لك لأحد، الملاح الذي يحمل لكل أحد، ففيه قولان: أحدهما: يجب عليه الضمان. والثاني: لا ضمان عليه، وهو قول المزني، وهو الصحيح). انظر: مغني المحتاج:

٣٥١/٢، والروضة: ٢٢٨/٢.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٨٩/٦، والدارقطني في سننه: ٤١/٣.

بعقد إجارة فلا يكون من ضمانه كما لو استأجر دابة ليركبها أو ثوباً يلبسه.

فصل: والأجير المشتك يضمن ما جنت يده وهو إذا تخرق الثوب من الدق أو التخمير ونحو ذلك^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي على القول الذي يقول: أن العين غير مضمونة لا ضمان فيما جنت يده إلا أن يتعدى. دليلنا: أن عمر وعليّ عليهما السلام ضمنا الصباغ، إلا أن عمر ضمنهم ما انتقصوا الناس في أعمالهم، وعليّ كان يضمن الأجير^(٢)، وأيضاً فإن هذا العمل مضمون، لأنه يستحق عليه البديل فهو كالمبيع، وما كان مضموناً كان سرايته كذلك بالجناية وعكسه الأجير الخاص. فإن العمل غير مضمون عليه، لأنه لو سلم نفسه في المدة المؤقتة فلم يستعمله المستأجر استحق الأجرة.

١٢٥٠ - مسألة: إذا اختلف الخياط وصاحب الثوب في التفصيل، فقال الخياط: قباء^(٣)، وقال الآخر: قميصاً، فالقول قول الخياط، وهكذا الاختلاف مع الصباغ في الصبغ^(٤)، وبه قال مالك^(٥)، وقال أبو حنيفة: بل قول صاحب الثوب^(٦).

(١) انظر المستوعب: ٣٣٤/٢.

(٢) انظر المهذب: ٥٦١/٣.

(٣) القباء: ثوب معروف، وهو مفرج من القدم إلى الحلق لا يحتاج لابسه إلى إدخال رأسه فيه، وأول من لبسه سليمان بن داود عليهما السلام.

(٤) جاء في الكافي: ٣٣١/٢: (وإن دفع ثوباً إلى خياط، فقطعه قباء، وقال: لهذا أمرتني، فلي الأجرة، ولم ضمان عليّ). قال صاحبه: إنما أمرتك لقطعه قميصاً، فالقول قول الأخير نص عليه، لأنه مأذون له في قطعه والخلاف في صفته، فكان القول قول المأذون له كالمضارب.. ولأن الأصل عدم وجوب الغرم، فكان القول قول من ينفيه).

(٥) جاء في بداية المجتهد: ٢٠/٤: (أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة.. فقال أبو حنيفة: القول قول رب المصنوع. وقال مالك وابن أبي ليلى: القول قول الصانع).

(٦) جاء في اختلاف العلماء: ٩٨/٤: (إذا قال الخياط: أمرتني بقميص، وقال رب المال: أمرتك بقباء.. فالقول قول رب الثوب، ويضمن الخياط في قول أصحابنا والثوري. وقال ابن أبي ليلى والأوزاعي: القول قول الخياط، وكذا قال مالك، إلا أن يأتي بأمر لا يستعملون مثله).

وعن الشافعي كالمذهبيين، وعنه يتحالفان.^(١) دليلنا: أنهما اتفقا في الإذن واختلفا في صفته، فكان القول قول المأذون له كالمضارب ورب المال إذا اختلفا في الجنس الذي يتجر فيه، ولأنه مأذون له في التصرف أشبه الوصي إذا ادعى الإنفاق على اليتيم. ونخص الشافعي بأنهما اختلفا في الإذن فلا يتحالفان كما لو اختلفا في أصله.

١٢٥١ - مسألة: إذا ادعى المستأجر لحمل شيء تلف ما حمله فالقول قوله^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال مالك: عليه الضمان في الطعام خاصة. دليلنا: أنه أجبر ادعى تلف ما استؤجر لحمله أشبه ما عدا الطعام.

١٢٥٢ - مسألة: إذا عقد على الصبي الإجارة ثم بلغ لم يملك الفسخ، وهكذا العبد إذا أعتق^(٣)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٤) دليلنا: أنه عقد قبل أن يملك، التصرف فلا يملك فسخه بملك التصرف كالبيع لأموال الطفل، وكالنكاح وإجارة العقار.

١٢٥٣ - مسألة: إذا قبض العين المستأجرة إجارة فاسدة ثم انقضت المدة في

(١) جاء في حلية العلماء: ٧٣٧/٢: (فقد حكى الشافعي - رحمه الله - في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى: أن القول قول الخياط.. وقول أبي حنيفة: القول قول رب الثوب. وذكر مثل ذلك في موضع آخر أنهما يتحالفان). انظر: المذهب: ٥٦٦/٣.

(٢) جاء في كشف القناع: ٣٩/٤: (أو ادعى تلف المحمول قبل قوله، لأنه مؤتمن، ولا أجرة عليه إذا حلف أنه ما انتفع بالعين المؤجرة).

(٣) قال ابن تيمية: (وإن أجر عبده ثم أعتقه، لم تنفسخ الإجارة، لأنه عقد على المنفعة فلم تنفسخ بالعقد كالنكاح، ولا يرجع العبد بشيء، لأن منفعته استحققت بالعقد قبل العتق، فلم يرجع ببذله). الكافي: ٣١٨/٢.

(٤) جاء في اختلاف العلماء: ١٠٩/٤: (قال أصحابنا: إذا أجر الوصي اليتيم فبلغ في مدة الإجارة كان له فسخها). وجاء في المدونة الكبرى: ٤٦٥/٣: (قلت رأيت لو أن يتيماً أجرته ثلاث سنين وأنا أظنه لا يحتلم إلى ثلاث سنين فاحتلم بعد سنة أو سنتين، فأراد أن ينقض الإجارة حين احتلم، أيكون ذلك له أم لا..؟ قال: لا أرى أن تلزمه الإجارة بعد احتلامه).

يده استحق. عليه الأجرة وإن لم ينتفع، ذكره أبو حفص العكبري^(١)، قال الشيخ: هو قياس المذهب، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة: الأجرة عليه ما لم ينتفع، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن كل منفعة ضمنها في الإجارة الصحيحة ضمنها في الفاسدة كما لو انتفع بها.

فصل: وتكون الأجرة أجرة المثل بالغاً ما بلغت، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن انتفع فعليه أقل الأمرين من المسمى أو أجرة المثل. دليلنا: أنها إجارة فاسدة فلا يستحق فيها المسمى، كما لو زاد على عوض المثل.

١٢٥٤ - مسألة: إذا قال له: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فنصف، لم تصح الإجارة وله أجرة المثل^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبو حنيفة: إن خاطه في يومه فله درهم، وإن خاطه في غد فله أجرة المثل ما لم يزد على درهم أو ينقص من نصف درهم، وقال صاحباه: يستحق المسمى في اليومين وهما شرطان صحيحان، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن المعقود عليه مجهول، لأنه خيره بين شيئين، فهو كقوله: بعثك أحد هذين العبدین، أو بعثك بدرهم نساء، أو بنصف نقاء.

(١) جاء في الكافي: ٣١٣/٢: (وإن كان العقد فاسداً، وقبض العين، ومضت مدة يمكن استيفاء المنفعة فبها نفيه روايتان).

(٢) جاء في المهذب: ٥٢٩/٣: (فإن سلم العين التي وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البذل، لأن المعقود تلف تحت يده فاستقر عليه البذل كالبيع إذا تلف في يد المشتري).

(٣) جاء في المستوعب: ٣٤٣/٢: (وإذا قال: إن خطت لي هذا الثوب اليوم فلك درهم. وإن خطته غداً فنصف درهم، لم تصح الإجارة ويكون له أجرة المثل).

(٤) جاء في المدونة الكبرى: ٤١٩/٣: (قلت: أرأيت إن دفعت إلى خياط ثوباً يخطه لي، فقلت له: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فنصف درهم.. أتجز هذه الإجارة في قول مالك أم لا؟ قال: لا تجوز هذه الإجارة عند مالك؟ قلت: لم؟ قال: لأن يخطه على أجر لا يعرفه. فهذا لا يعرف أجره، فإن خاطه فله أجر مثله.. وقال غيره: إلا أن يكون أجر مثله أقل من درهم فلا ينقص عن نصف درهم، أو يكون أكثر من درهم فلا يزداد على درهم).

فصل : فإن قال : إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فنصف، فالحكم فيه كالتى قبلها^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة وصاحبه : العقد صحيح. دليلنا : ما تقدم في التى قبلها.

١٢٥٥ - مسألة : إذا أذن لعبده في التجارة لم يملك إجارة نفسه^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة^(٥). دليلنا : أنه من منافع المأذون له أشبه إذا كانت أمة فزوجت نفسها.

١٢٥٦ - مسألة : إذا ضرب البهيمة المستأجرة ضرباً معتاداً فماتت، فلا ضمان عليه، وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا : أنها تلفت بغير تفريط منه أشبه إذا ماتت تحت الحمل.

(١) جاء في المستوعب: ٣٤٣/٢: (فإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فنصف درهم ففيه وجهان ...).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٧٣٤/٢: (فإن قال استأجرتك لخياطة هذا الثوب، فإن خطته رومياً، فلك درهم، وإن خطته فارسياً، فلك نصف درهم، فالإجارة فاسدة، وقال أبو حنيفة وأصحابه : الإجارة صحيحة). انظر: الممتع: ٤٤٤/٤.

(٣) جاء في الكافي: ٢٨٧/٢: (وإن أذن له في التجارة مطلقاً جاز، ولم يكن له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل، لأنه عقد على نفسه فلم يملكه كبيع نفسه وتزوجه).

(٤) جاء في المذهب: ٤٩٣/٣: (فإن أذن له في التجارة لم يملك الإجارة .. ومن أصحابنا من قال يملك إجارة ما يشتريه للتجارة، لأنه من فوائد المال، فملك العقد عليه كالصوف واللبن .. والمذهب الأول، لأن المأذون فيه هو التجارة، والإجارة ليست من التجارة فلم يملك بالإذن في التجارة).

(٥) جاء في اختلاف العلماء: ٢٢٥/٥: (قال أصحابنا: إذا قال لعبده: أقعد قصاراً أو صباغاً، فهذا إذن له في التجارة كلها، وإذا أذن له في تجارة خاصة فهو مأذون له في سائر التجارات، وإذا قال له: أجر نفسك في البقالين أو في عمل من الأعمال، فهذا إذن منه في سائر التجارات).

(٦) قال ابن قدامة: (ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف، بهذا في الدابة. قال: مالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد، وقال الثوري وأبو حنيفة: يضمن لأتلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر). انظر: المغني: ٥٣٧/٥. وانظر المستوعب: ٣٣٣/٢.

١٢٥٧ - مسألة: إذا استأجر حملاً ليحج لم يصح حتى يشاهد المؤجر الراكبين والأغطية والأوطية، ذكره الخرقى^(١)، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز استحساناً، وقال مالك: يجوز إذا لم يشاهد الراكبين^(٢) فقط. دليلنا: أن المحمول مجهول أشبه إذا استأجر لحمل طعام مجهول.

١٢٥٨ - مسألة: إذا ذكر أنه يحمل معه من الزاد مائة رطل، فإنه كل ما أكله أخذ بدله، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي في أحد قوليه: إذا أكله لم يحمل بدله^(٣). دليلنا: أنه إذا ذكر أوطياً معلومة صارت مستحقة، فهو كما لو ذكر ماء ثم شربه.

١٢٥٩ - مسألة: إذا استأجره لحمل خمر لم يصح العقد^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة وإحدى الروايتين. دليلنا: أنه فعل محرم أشبه الرنا واللواط،

(١) لقد أجمع الفقهاء على جواز إجارة الدواب لركوبها والسفر بها لقوله تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾.

ولكن شرط لصحة العقد لا بد من معرفة المعقود عليه كالمحمل والأوطية وغطاء المحمل). انظر: المغني لابن قدامة: ٥١٣/٥.

(٢) جاء في المدونة الكبرى: ٥٠٥/٤: (قلت: رأيت إن استأجر محملاً لأحمل فيه امرأةً سنين أو جارتين ولم أره الرجال ولا النساء ولا الجواري: أيجوز هذا الكراء أم لا؟ قال: ذلك جائز).

(٣) جاء في المهذب: ج ٣، ص ٥٣٨: (فإن اكترى ليحمل له أوطياً من الزاد، فهل له أن يبدل ما يأكله؟ نيه قولان).

أحدهما: له أن يبدل وهو اختيار المزني، كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء.

والثاني: ليس له أن يبدل، لأن العادة أن الزاد يشتري موضعاً واضحاً بخلاف الماء. وذكر النووي في روضة الطالبين: ج ٥، ص ٢٢٠: (أن الراجح هو القول الأول، فإن فنى كله أبدله على الصحيح، وإن فنى بعضه أبدله على الأظهر).

(٤) جاء في الممتع: ٤٠٧/٣: (ولا يصح الاستئجار على حمل الميتة والخمر، فلأنه استئجار على فعل محرم فلم يصح كغيره من المحرمات.. وعنه يصح، ويكره أكل أجرته، لأن الفعل لا يتعين عليه، ولأنه يجوز حمله لإراقته فكذا حمله لغيره).

أو ليشربها، وقد دل على الوصف: «أن النبي ﷺ لعن في الخمر عشرة»^(١)، ذكر منهم حاملها والمحمولة إليه.

١٢٦- مسألة: إذا أجر داره لمن يتخذها كنيسة أو يبيع فيها الخمر، لم يصح العقد سواء ذكر ذلك في العقد أو لم يذكره إلا أنه علم منه ذلك،^(٢) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يصح العقد. دليلنا: أنه استئجار لمعصية أشبه إذا أجره عبده ليلاط به.

١٢٦- مسألة: إذا استأجر دار ليصلي فيها، صحت الإجارة، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه فعل مباح أشبه الخياطة والقصارة، ولأنه لو استأجر للسكنى صح، وكان له أن يصلي، فإذا شرط ذلك فأولى.

١٢٦- مسألة: يجوز استئجار الحائط لوضع الخشب إذا كان الخشب والمدة معلومتين، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن البنيان أحد مقصودي العقار، فجاز إفراده بالعقد كالأرض.

١٢٦٢- مسألة: إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض غرس أو بناء، ولم يكن

(١) عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لعنت الخمر على عشرة أوجه: بعينها وعاصرها ومعتصرها وبائعها ومبتاعها وحاملها والمحمولة إليه وأكل ثمنها وشاربها وساقيتها». أخرجه الترمذي: ٥٨٩/٣، وابن ماجه: ١١٢١/٢، وأحمد في المسند: ٧١/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٢٧/٥.

(٢) جاء في المستوعب: ٣٤٠/٢: (ولا يصح إجارة داره لمن يجدها كنيسة أو بيعة أو يبيع فيها الخمر سواء شرط ذلك أو لم يشترطه إذا علم أنه يفعل ذلك).

(٣) قال ابن قدامة في المغني، كتاب الإيجارات: ١٢٨/٨: (يجوز استئجار دار يتخذها مسجداً يصلي فيه، لأن هذه المنفعة مباحة يمكن استيفائها من العين مع بقائها فجاز استئجار العين لها كالسكنى. وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يصح، لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاؤه بعقد الإجارة بحال).

(٤) وقال ابن قدامة: وتجاوز إجارة الحائط ليضع عليها خشباً معلوماً مدة معلومة، لأنها منفعة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها) انظر: المغني: ٥٤٨/٥.

شرط القلع بعد المدة، لم يلزمه قلعه إلا بشرط ضمان ما نقص^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قوله ﷺ فيمن بنى في ربا ع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقص^(٣). وهذا بإذنهم فكان له القيمة، ولأنه بناء مأذون فيه لم يشترط فيه القلع فلم يؤمر بإزالته على وجه يضر به، كما لو شرط له سنة ثم أخذه بقلعه قبلها.

١٢٦٤ - مسألة: إذا استأجر دابة يركبها جاز أن يؤجرها لمن يساويه في الطول والسمن^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا لمن يساويه في معرفة الركوب. دليلنا: أنها منفعة يستوفيها بنفسه فجاز أن يؤجرها لغيره، كما لو ساواه في معرفة الركوب.

١٢٦٥ - مسألة: يستحق القصار الأجرة وإن لم يصرح بها ولا عرض^(٥)، خلافاً

(١) جاء في الكافي: ٣٢٦/٢: (وإن استأجرها للغراس مدة جاز، وله الغرس فيها، ولا يغرس بعدها. فإن غرس فانقضت المدة، وكان مشروطاً عليه القلع عند انقضائها أخذ بما شرطه.. وإن لم يكن شرط القلع لم يجب، وللمستأجر قلع غرسه، لأنه ملكه وإن لم يقلعه، فللمؤجر دفع قيمته ليملكه، لأن الضرر يزول عنهما).

(٢) جاء في المذهب: ٥٤٤/٣: (وإن اكرت أرضاً مدة للزرع لم يخل من: (أ) أن يكون لزرع مطلق.. فإن زرع وانتقضت المدة ولم يستحصد الزرع.. فإن كان بتفريط منه فللمكري أن يأخذه بنقله، لأنه لم يعقد إلا على مدة.. أما إن كان لم يستحصد بسبب البرد أو قلة المطر، ففيه وجهان: (١) يجبر على قلعه. (٢) لا يجبر.

(ب) أن يكون لزرع معين لا يستحصد في المدة، وانتقضت المدة والزرع قائم: (١) فإن شرط عليه القلع فالإجارة صحيحة، ويجبر على قلعه. (٢) وإن أطلق العقد ولم يشترط التبقية ولا القلع ففيه وجهان.. انظر: روضة الطالبين: ٢١٤/٥.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٩١/٦، والدارقطني في سننه: ٢٤٣/٤.

(٤) جاء في التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح: ٧٤٢/٢: (وللمستأجر إستيفاء المنفعة بنفسه وبمثله، حتى لو شرط مؤجر عليه إستيفاءها بنفسه فيعتبر كون راكم مثله في طول وقصر وغيره لا معرفته بالركوب).

(٥) جاء في المستوعب: ٣٤٤/٢: (وإذا دفع ثوباً لقصار أو خياط لتقصيره أو يخيطه فعلاً ذلك، استحق الأجرة، أجرة المثل، لأنه لم يعقد معه عقد إجارة..).

لأصحاب الشافعي. دليلنا: أن جلوسه في دكان القصارة إمارة على الأجرة أشبه إذا عرض بذلك.

١٢٦- مسألة: يكره إجارة الحلي بجنسه^(١) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي. دليلنا: أن الأجرة في مقابلة المنافع وما يتلف من الأجزاء بالاستعمال فيفرض إلى بيع ذهب بذهب، إلا أنه لا يتحقق ذهاب جزء منه، فإن لم يفد البطلان فلا أقل من الكراهة.

١٢٦١- مسألة: يجوز كراء الأرض بالثلث أو الربع مما يخرج^(٢) خلافاً لأكثرهم وإحدى الروایتين. دليلنا: ما روى الشالنجي بإسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «من كان مكرياً أرضه فليكرها بالثلث أو الربع»^(٣)، ولأنها عين تنمى بالعمل عليها، فجاز العمل عليها ببعض نمائها كأموال المضاربة وكالمزارعة والمساقاة.

١٢٦٢- مسألة: يجوز كراء الأرض بجنس ما يخرج، وبه قال أكثرهم. وفيه رواية أخرى: أنه مكروه^(٤)، وقال مالك: يحرم كراها بشيء من المطعومات سواء كان مما تخرجه أو لا تخرجه. دليلنا: ما تقدم من حديث ابن عباس، ولأن ما جاز إجارته بغير المطعوم جاز بالمطعوم كالعبيد والثياب والدور وسائر الأملاك.

(١) جاء في المستوعب: ٣٤٤/٢: (ويجوز إجارة الحلي المباح بأجرة من غير جنسه، ولا يجوز بأجرة من حسه، وقال القاضي: يصح مع الكراهة).

(٢) جاء في نمغني: ٤٣١/٥: (إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربع، فالمصنوع عن أحمد جوازه، وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح، وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وهو الصحيح إن شاء الله).

(٣) لم أجده.

(٤) جاء في المستوعب: ٣٢٨/٢: (ويجوز إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها كالثلث والربع في إحدى الروایتين، والأخرى: يكره ذلك).

١٢٦٩ - مسألة: إذا استأجر لزريعة الحنطة كان له أن يزرع الحنطة وما يقاربها في الضرر^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال داود: لا يتعد الحنطة. دليلنا: أنه قد ملك المنفعة فكان له أن يتصرف فيها كيف شاء، كما أن المؤجر لما ملك الأجرة يتصرف فيها كيف شاء.

١٢٧٠ - مسألة: إذا أتلّف القصار أو الصباغ الثوب بعد إيقاع الصنعة فلصاحبه أن يضمّنه إياه بقيمته بالصنعة ويدفع إليه الأجرة، أو لا يعطيه الأجرة ويضمّنه إياه بقيمته قبل الصنعة^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال زفر: يضمّنه إياه مصبوغاً من غير خيار. دليلنا: أن الصنعة مضمونة على الصانع، لأنه يأخذ عليها الأجرة، فإذا هلك قبل التسليم كان للعائد الخيار كالمبيع إذا هلك قبل القبض.

فصل: فإن استأجره ليحمل له جرة خل من الفرات إلى منزله، فانكسرت في الطريق، فله من الأجرة بقدر ما عمل وعليه قيمتها موضع الكسر، وبهذا قال أصحاب الشافعي. إلا أننا نحن نشترط أن يكون تعدى في كسرها، لأن عندنا العين غير مضمونة، وقال أبو حنيفة إن شاء فعل هذا، وإن شاء ضمّنه من الفرات ولا أجرة له. دليلنا: أنه حامل بإذن فلا يسقط حقه من الأجرة كما لو عمل جميع العمل، ولا يلزم القصار إذا قصر الثوب أو الصباغ تم هلك أن صاحبه بالخيار بين دفع الأجرة وبين إسقاطها.

١٢٧١ - مسألة: إذا استأجر شيئاً سنة، فإن كان في أولها مستهل شهر فهي محسوبة بالأهلة، وإن كان في آثنائه ففيه روايتان، الصحيح: أن الأول بالأيام

(١) جاء في المستوعب: ٣٢٨/٢: (فإن استأجر أرضاً للزراعة مطلقاً، لم تصح الإجارة حتى يبين ما يزرع فيها أو يطلق له فيقول: لتزرع ما شئت، فإن عين ما يزرعه جاز له مثله، وهو ما دونه في الضرر).

(٢) انظر: المرجع السابق: ص ٣٣٧.

وما عداه بالأهله^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وفيه رواية أخرى : الجميع بالأيام، وعن أبي حنيفة كالروايتين^(٣) وجه الأولى : أنه شهر ابتداء بالهلال فلا يعتبر بالأيام كما لو ابتداء جميع المدة بالهلال .

١٢٧ - مسألة : يصح استئجار الرجل لزوجته لرضاع ولده^(٤)، وقال أبوحنيفة والشافعي^(٥) : لا يصح. دليلنا : أنه عقد يجوز معها إذا كانت تحت غيره فجان، وإن كانت تحته كالبيع والاستئجار لجميع أموالها، ولأنه لو عقد على الخدمة

(١) جاء في الكافي : ٣٠٩/٢ : (ويشترط فيما قُدر بمدة معرفة المدة، لأنها الضابطة للمعقود عليه، فإن قدرها سنة أو شهر، كان ذلك بالأهله، لأنها المعهودة في الشرع، فوجب حمل المطلق عليها، فإن كان ذلك في أثناء الشهر، عد باقيه، ثم عد أحد عشر شهراً بالهلال، ثم كمل الأول بالعدد ثلاثين يوماً، لأنه تعذر إتمامه بالهلال فكمل بالعدد.. وحكى فيه رواية أخرى : أنه يستوفى في الجميع بالعدد، لأنه يجب إتمام الشهر مما يليه فيصير ابتداءً، والثاني : في أثرائه، وكذلك ما بعده).

(٢) جاء في المجموع للنووي : ١٩/١٥ : (فإن قدر المدة بسنة حملت على السنة الهلالية المعهودة شرعاً، فإن شرط هلالية كانت بأكيداً، وإن قال عددية أو سنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوماً، وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال عد اثني عشر شهراً بالأهله سواء أكان الشهر تاماً أو ناقصاً، وإن كان العقد في أثناء الشهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالهلال، ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوماً، لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد).

(٣) جاء في تبين الحقائق : ١٢٣/٥ : (يعني إذا وقع عقد الإجارة حين يهل الشهر أو كان أولها بالتعيين، كذلك تعتبر شهور المدة بالأهله، وإن كان أولها بعدما مضى شيء من الشهر تعتبر الشهور بالعدد، وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوماً، وهذا عند أبي حنيفة وهو رواية عند أبي يوسف، وقال محمد : وإن كان ابتداءها في أثناء الشهر يعتبر الأول بالأيام ويكمل من الأخير، ويعتبر الباقي بالأهله، وهي رواية عند أبي يوسف، لأن الأهله هي الأصل).

(٤) جاء في الإنصاف : ٢٩/٦ : (وأما استئجار زوجته لرضاع ولده، فالصحيح من المذهب جوازه وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به الخرقى وغيره).

قال المصنف والشارح : هذا هو الصحيح من المذهب، وهو من مفردات المذهب. وقال القاضي : لا يجوز، وتأول كلام الخرقى على أنها في حبال زوج آخر).

(٥) جاء في روضة الطالبين : ١٨٦/٥ : (يجوز لغير الزوج استئجار الزوجة للإرضاع وغيره بإذن الزوج، ولا يجوز بغير إذنه في الأصح، لأن أوقاتها مستغرقة بحقه)، فيفهم من هذا النص أن الزوج لا يجوز له أن يستأجر زوجته).

جاز أن يعقد على منافع البضع، كذلك إذا عقد على البضع جاز أن يعقد على منفعة الاستخدام.

١٢٧٣- مسألة: إذا استأجره بدراهم ثم دفع بها دنانير وتقايلا رجع بما تعاقدنا عليه^(١). وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: بما قبض. دليلنا: أن ما قبضه عوض من الأجرة فلا يرجع به، كما لو دفع عروضاً، أو مكيلاً، أو موزوناً.

١٢٧٤- مسألة: إذا استأجر دابة إلى مسافة، فزاد عليها وهلك الدابة، فهي من ضمانه وأجرة الزيادة في المسافة^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه في الزيادة بناءً على أنه لا يضمن منافع الغصب^(٣)، وقال مالك: إن ضمنه القيمة لم يضمنه الأجرة، وإن أخذ الأجرة لم يأخذ القيمة، وهكذا الخلاف إن نقص في بدن البهيمة بهزال ونحوه. دليلنا: أنهما سيان لو أفرد كل واحد منهما بالإتلاف ضمنه كذلك وإن عمهما كالثوبين والعبدین.

١٢٧٥- مسألة: إذا منع المؤجر للمستأجر من تسليم المنفعة في أثناء المدة سقطت الأجرة فيما مضى، وهو اختيار الخرقى، وقال أكثرهم: لا تسقط^(٤).

(١) جاء في الإنصاف: ٨٨/٦: (وإن اكترى بدراهم فأعطاه عنها دنانير، ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم) لا أعلم فيه خلافاً، وجزم به في المغني، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفائق، وغيرهم من الأصحاب.

(٢) جاء في الممتع: ٤٦٧/٣: (وإن اكترى دابة إلى موضع معين فجأوزه، فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد، ذكره الخرقى، وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع، وإن تلفت ضمن قيمتها، لأنه متعد في فعله.. أما إن كانت في يد صاحبها فعليه نصف قيمتها في أحد الوجهين، لأنها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون).

(٣) راجع شرح فتح القدير وحواشيه: ١٧٠/٧.

(٤) جاء في روضة الطالبين: ٢٤٨/٥: (ولو أكرى عيناً مدة، ولم يسلمها وأمسكها بعض المدة، ثم سلمها، انفسخت الإجارة في المدة التي تلفت منافعها، وفي الباقي الخلاف فيما إذا أتلّف بعض المبيع قبل القبض. فإن قلنا: لا يفسخ، فللمستأجر الخيار، ولا يبدل زمان بزمان...).

دليلنا : أنه عقد على منفعة فجاز أن يكون المبيع من جهة العاقد يخالف المبيع من جهة غيره كالنكاح فيزيد به إذا ارتدت فسقط مهرها إذا كان قبل الدخول ولو طلقها لم يسقط جميع مهرها، ولأنه لم يوجد الانتفاع بسبب من جهته أشبه إذا لم يسلمها.

(١) باب المساقاة

١٢٧٦ - مسألة: تجوز المساقاة^(٢) على كل شجرة لها ثمرة، وبه قال مالك، وقال

الشافعي: يجوز في النخل والكرم وفي بقية الشجر على قولين، وقال أبو حنيفة: لا يصح عقد المساقاة، وقال داود: يصح في النخل خاصة. دليلنا: أن النبي ﷺ «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع»^(٣)، وفي لفظ آخر: «دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولرسول الله

(١) تعريف المساقاة:

المساقاة في اللغة: مفاعلة من السقي، وهو إشراب الشيء الماء وما أشبهه، تقول سقيته بيدي أسقيه سقياً، وأسقيته إذا جعلت له سقياً، والسقي المصدر .. وكم سقى أرضك أي حظها من الشرب. والسقاية: الموضع الذي يتخذ فيه الشرب في الموسم. انظر: معجم مقاييس اللغة، والقاموس المحيط، والمعجم الوسيط مادة «سقى».

وفي الاصطلاح: هي: دفع شجر مغروس معلوم له ثمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمره، شرح منتهى الإرادات: ٤٧١/٢، وعرفها صاحب كشف القناع: ٤٤٥/٣ بأنها: دفع أرض أو شجر غير مغروس إلى من يفرسه ويعمل عليه بجزء معلوم من ثمرته.

(٢) اختلف الفقهاء في مشروعية المساقاة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن المساقاة جائزة شرعاً، وهذا هو رأي الجمهور (المالكية، والشافعية، والحنابلة) لما رواه الشيخان وغيرهما عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر وزرع». انظر: بداية المجتهد: ٤٤٤/٢، وشرح الخرشبي: ٤٤٣/٤، والأم: ١١/٤، والمهذب: ٣٩٠/١، وفتح العزيز للرافعي: ١٠٥/١٢، والمغني: ٣٦٠/٥، والإفصاح عن معاني الصحاح لابن هبيرة: ٢٨٢/٢، والمحلى: ٢٦٥/٨.

المذهب الثاني: المساقاة غير جائزة شرعاً بل محرمة ذهب إلى ذلك أبو حنيفة، انظر: بدائع الصنائع: ١٨٥/٦، والمبسوط: ١٧/٢٣، والبحر الزخار: ٦٨/٤، وقد استدلوا على ذلك بأن النبي ﷺ «نهى عن بيع الحصة وعن بيع الغرر»، والمساقاة فيها غرر، لأن الثمرة قد تظهر وقد لا تظهر.

المذهب الثالث: أن المساقاة مكروهة.. ذهب إلى ذلك الحسن وإبراهيم النخعي. انظر: المحلى لابن حزم: ٢٦٥/٨ المسألة ١٣٤٤.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: ١١٨٦/٣، وأبو داود في سننه: ٢٦٢/٣، والترمذي في الجامع: ٦٦٦/٣، وابن ماجه في السنن: ٨٢٤/٢.

شطر ثمرها»^(١)، ولأنها عين تنمى بالعمل فيها فجاز تأجيرها كالأثمان والمضاربة، وكالنخل والكرم على الشافعي.

١٢٧٧ - مسألة: تجوز المساقاة على ثمرة موجودة، ذكره أبو بكر في الشافعي، وقد أومئ^(٢) إليه أحمد، وبه قال مالك، وقال الشافعي في الجديد: لا يجوز.^(٣) دليلنا: أنه لما جاز ذلك في المعدوم مع عظم الخطر، ففي الموجود أولى، ولأنه إنما جاز للحاجة وهي موجودة في الحالين جميعاً.

فصل: فإن اختلفا في العوض فالقول قول رب المال^(٤)، وقال مالك: قول العامل، وقال الشافعي: يتحالفان. دليلنا: قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٥)، ورب المال هو المنكر للزيادة التي يدعيها العامل، ولأنه اختلاف في المساقاة فلا يتحالفان كما لو اختلفا في أصلها.

١٢٧٨ - مسألة: أجره الجذاذ عليهما^(٦)، وبه قال محمد بن الحسن، وقال مالك

(١) أخرجه مسلم في صحيحه: ١١٨٧/٣، وأحمد في مسنده: ٣٠٠/٢.

(٢) جاء في المغني: ٥٣١/٧: (وإن ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب روايتين: إحداهما: تجوز، وهي اختيار أبي بكر، وقول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي، لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها، وقلة الغرر فيها أولى.. والثانية: لا تجوز، لأنه غير منصوص عليها..).

(٣) جاء في روضة الطالبين: ١٥٢/٥: (فصل: في جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولان: أظهرهما: الجواز، وفي موضع القولين طرق: أصحها: أنها فيما قبل بدو الصلاح، فأما بعده فلا يجوز مطلقاً).

(٤) انظر المستوعب: ٣١٨/٢.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٢٣/٨، والدارقطني في سننه: ٢١٨/٤.

(٦) جاء في الكافي: ٢٩٤/٢: (والجذاذ والحصاد واللقاط على العامل نص عليه، لأن النبي ﷺ دفع خير إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم، وهذا من العمل مما لا تستغني عنه الثمرة أشبه التشخيص، وعنه أن الجذاذ عليهما، لأنه يوجد بعد تكامل النماء وهذا ينتقض بالتشميس).

والشافعي : على العامل، وعن أحمد نحوه . دليلنا : أنه معنى يفعل بعد كمال
الثمرة أشبه أجره القاسم .

فصل : فإن قلنا أنه عليهما، فشرطه على العامل جاز^(١)، وقال محمد بن
الحسن : يُبطل العقد . دليلنا : أنه مما قد جرى به العادة، فهو كأصل
المساقاة.

(١) جاء في المستوعب: ٣١٧/٢ : (فأما الجذاذ فالمنصوص أنه عليهما على قدر حصتهما فإن
شرطه على العامل صح).

باب الزراعة^(١)

١٢٧٩ - مسألة: تجوز الزراعة ببعض ما يخرج من الأرض للعامل، وبه قال ابن أبي ليلى، والثوري، وصاحباً أبي حنيفة، وقال أكثرهم: لا يجوز^(٢) إلا أن الشافعي سلم لنا إذا كان الشجر أكثر من الأرض البياض دخل ذلك في عقد المساقاة تبعاً. دليلنا: ما تقدم من حديث ابن عمر، والقياس في أصل المساقاة.

١٢٨٠ - مسألة: ويشترط أن يكون البذر من رب الأرض والعمل والبقر من العامل، فإن شرط للبذر عليهما أو على العامل لم يصح^(١)، وبه قال عمر بن عبدالعزيز، وابن سيرين، وقال أبو يوسف: يجوز. دليلنا: أنه عقد على أصل يشترك فيه رب المال والعامل فلا يجتمع المال في حقهما كالمضاربة والمساقاة.

(١) الزراعة: لغة: مفاعلة من زارع، وهي مشتقة من الزرع، وللزرع معنيان: أولهما: حثيفي وهو الإنبات، وثانيهما: مجازي وهو البذر. انظر: تهذيب الأسماء واللغات: ص ٢٠١

وفي الاصطلاح: دفع الأرض لمن يزرعها أو يعمل عليها. كشف القناع: ٤٤٥/٣٢.
(٢) جاء في الكافي: ٢/٢٩٨: (فإن قال أجرتك هذه الأرض بثلث الخراج منها، فقال أحمد: يصح. واختلف أصحابه فقال أكثرهم: هي إجارة صحيحة، وقال أبو الخطاب: هذه مزارعة).
(٣) جاء في المستوعب: ٢/٣١٩: (ويكون البذر من صاحب الأرض والنفر وآلات الحرث جميعها من العامل، فإن كان البذر من العامل أو منهما فسدت المضاربة).

كتاب

إحياء الموات^(١)

١٢٨١- مسألة: إذا كانت الأرض ملكاً لقوم في دار الإسلام ثم باد أهلها وخربت لم تملك بالإحياء^(٢)، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: تملك، وبه قال أكثرهم وجه الأولى قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً في غير حق مسلم فهي له»^(٣)، وفي لفظ آخر: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»^(٤)، ولأنها أرض جرى عليها ملك فلا تملك بالإحياء كما لو لم يمت أصحابها، ولا يلزم ما يحييه الحربي في دار الحرب، لأنه يملك بالقهر لا بالإحياء.

فصل: فإن كان المُحي الأول موجوداً لم يملكها الثاني رواية واحدة، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك. دليلنا: ما تقدم من الحديث.

١٢٨٢- مسألة: إحياء الموات لا يحتاج إلى إذن الإمام^(٥) وبه قال الشافعي^(٦)

(١) الموات: هو الأرض الخراب الدارسة، تسمى ميتة ومواتاً ..

واصطلاحاً: هي الأرض التي لا يملكها أحد، ولا يتعلق بها حق لأحد، ولا ينتفع بها بأي وجه من وجوه الانتفاع لسبب من الأسباب المانعة من الانتفاع كانقطاع الماء عن الأرض، أو لغلبته عليها، أو لسوء تربتها، أو غير ذلك من الأسباب التي تمنع الانتفاع.

وسميت الأرض التي لا ينتفع بها مواتاً لشبهها بالحيوان الذي بطلت منافعه بموته، فإذا انتفع بها حيث فشبه العمارة بالإحياء، أي إدخال الروح في الجسد بجامع ترتب النفع على كل.

(٢) جاء في المغني: ١٤٦/٨: (الثاني: ما ملك بالإحياء ثم ترك حتى دثر وعاد مواتاً، فلا يجوز إحياءه لأحد غير أربابه .. وقال مالك: يملك ذلك). وانظر المستوعب: ٤٢١/٢.

(٣) أخرجه البخاري في باب من أحيا أرضاً مواتاً من كتاب الحرث، صحيح البخاري: ١٣٩/٣-١٤٠، وأحمد في المسند: ٣٣٨/٣، وأخرجه البيهقي في باب من أحيا أرضاً ميتة، من كتاب إحياء الموات، السنن الكبرى: ١٤٢/٦.

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: ٢٨٠/١، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٤٢/٦.

(٥) جاء في الإنصاف: ٣٥٧/٦: (ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له بإذن الإمام أو غير إذنه).

(٦) انظر: نهاية المحتاج: ٣٢٧/٥.

خلفاً لأكثرهم^(١)، إلا أن مالك سلم فيما بعد من العامر وكان في الفلوات. دليلنا: قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»^(٢)، ولأنها أعيان مباحة أشبه الاصطياد وإلا حطاب، وعلى مالك: ما بعد عن العامر.

١٢٨٣- مسألة: الذمي يملك بالإحياء^(٣)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي^(٤) وإحدى الروایتين عن مالك وهو اختيار ابن حامد من أصحابنا. دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس في التي قبلها.

١٢٨٤- مسألة: يجوز إحياء ما قرب من العامر إذا لم يتعلق بمصلحة،^(٥) ويجوز للإمام أن يقطعه لمن يحييه، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: لا يجوز ذلك،

(١) اشترط الأحناف: أنه يشترط أن يتم الإحياء بإذن الإمام، لأن الأرض ملك المسلمين جميعاً، فلم يكن لأحد أن يختص بجزء منها بدون إذن الإمام، وقد قال رسول الله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»، كما أن الأرض وإن كانت مباحة إلا أنه قد يتزاحم الناس عليها فتقع الشحناء بينهم، فمعنا لهذا اشترط إذن الإمام، لأنه بما له من الولاية العامة يستطيع قطع أسباب الخصام، فلا يأذن بشيء إلا بما ليس فيه ضرر).

انظر: حاشية ابن عابدين: ٢٨٧/٥، وشرح المجلة للأناس: ١٠٤/٤.

(٢) أخرجه البخاري: ١٣٩/٣، والترمذي: ١٤٩/٦، والدارمي: ٢٦٧/٢، والإمام أحمد: ٣٣٨/٣.

(٣) جاء في المغني: ١٤٨/٨: (ولا فرق بين المسلم والذمي في الإحياء. نص عليه أحمد، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال مالك: (لا يملك الذمي بالإحياء في دار الإسلام. قال القاضي: وهو مذهب جماعة من أصحابنا).

(٤) جاء في الحاوي: ٣١٩/٩ وما بعدها: (ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط، فهذا هو الموات الذي قال فيه رسول الله ﷺ: «من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له»، فمن أحيأه من المسلمين فقد ملكه، وإن أحيأه ذمي لم يملكه لقول الرسول ﷺ: (الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم)، فواجه المسلمين بخطابه، وأضاف ملك الموات إليهم فدل على اختصاص الحكم بهم).

(٥) جاء في المغني: ١٤٩/٨: (فأما ما قرب من العامر، ولم يتعلق بمصالحة ففيه روايتان، إحداهما: يجوز إحياءه، قال أحمد: في رواية أبي الصقر في رجلين أحييا قطعتين من موات وبقيت بينهما رقعة، فجاء رجل ليحييها فليس لهما منعة. والرواية الثانية: لا يجوز إحياءه..)

ولا تختلف الرواية أن ما يتعلق بمصلحة العامر كغناء القرية ومرعى مواشيهم ومحشهم ومحتطبهم لا يجوز، وقال أبو حنيفة: الموات ما لا يبلغه الصوت من العامر فهو الذي يُحيا. دليلنا: أن النبي ﷺ «أقطع لبلال بن الحارث العقيق أجمع وهو بين عمارة المدينة»^(١) ولأنه لا يتعلق بمصلحة العامر أشبه ما لا يبلغه الصوت.

١٢٨٥ - مسألة: إذا أحاط على الموات حائطاً ملكه، وهو اختيار الخرقى^(٢) وقال الشافعي^(٣): إن كانت للزرع فحتى يزرعها ويستخرج لها ماء، وإن كانت للسكنى فحتى يقطعها بيوتاً ويسقفها. دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر: «من حاط حائطاً على أرض فهي له»^(٤)، ولأن الحائط حاجز منيع أشبه إذا أراد أن يجعلها مريضاً لغنمه أو إبله.

١٢٨٦ - مسألة: حريم البئر المحفورة في الموات خمسة وعشرون ذراعاً^(٥)، وقال أصحاب أبي حنيفة: أربعون، وقال الشافعي: هو على قدر الحاجة،

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٤٥/٦، والموطأ: ٢٤٨/١، إلا أنه ورد أنه أقطعه ﷺ «معادن القبيلة».

(٢) جاء في الممتع: ٥٩/٤: (وإحياء الأرض أن يجوزها بحائط أو يجري لها ماء فلما روى سمرة أن النبي ﷺ قال: «من حاط حائطاً على أرض فهي له». رواه أبو داود، ولأن الحائط حاجز منيع فكان إحياء كبناء الأرض داراً).

(٣) جاء في روضة الطالبين: ٢٨٩/٥: (قال الأصحاب: المعتبر ما يُعد إحياء في العرف، ويختلف باختلاف ما يقصد به).

(٤) أخرجه أبو داود في سننه: ١٧٩/٣، وأحمد في المسند: ٣٨١/٣.

(٥) جاء في الكافي: ٤٣٨/٢: (ومن حفر بئراً في موات ملك حريمها، والمنصوص عن أحمد - رضي الله عنه - أن حريم البئر خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب).

وجاء في المغني: ١٧٨/٨: (مسألة ٩١٦): فكل من حف بئراً في موات للتمليك فله حريمها خمس وعشرون ذراعاً من كل جانب .. وقال أبو حنيفة: حريم البئر أربعون ذراعاً، و- يمين العين خمسمائة ذراع ..).

ويختلف باختلاف ما يسقى به منها. ^(١) دليلنا : قوله ﷺ في حديث أبي هريرة : «حريم البئر البدئي ^(٢) خمسة وعشرون ذراعاً، والعادية خمسون ذراعاً» ^(٣)، ولأنه معنى يملك به الموات فلا يقف على قدر الحاجة كالحائط.

١٢٨٧ - مسألة : يجوز للإمام أن يحمي الكلاً لإبل الصدقة، ونعم الجزية، وخيل المجاهدين ^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحد قولي الشافعي. ^(٥) دليلنا : أن كل إمام جاز له أن يتولى مال بيت المال جاز له أن يحمي كعمر بن الخطاب، وقد دل على الأصل ما روى الدارقطني بإسناده : «أن عمر حمى الربذة» ^(٦) ولم يظهر خلافه» ^(٧)، وهذا دليل في أصل المسألة بنفسه.

١٢٨٨ - مسألة : لا يملك الحشيش والكلاً بملك الأرض ومن أخذه ملكه، وبه قال

(١) جاء في روضة الطالبين: ٢٨٣/٥: (البئر المحفرة في الموات، حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح وموضع الدولاب ومتردد البهيمة إن كان الاستسقاء بها، ومصب الماء.. الخ، وإنما هو بحسب الحاجة).

(٢) البئر البدئي: التي حفرها فحفرت حديثة، وليست بعادية، وترك فيها الهمز في أكثر كلامهم. انظر: لسان العرب: ٦٨/١٤ مادة (بدا).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٥٥/٦، والحاكم في المستدرک: ١٠٩/٤، والدارقطني في السنن: ٢٢٠/٤.

(٤) جاء في الكافي: ٤٤١/٢: (لا يجوز لأحد أن يحمي لنفسه مواتاً بمنع الناس الرعي فيه.. وللإمام أن يحمي مكاناً لترعى فيه خيل المجاهدين، ونعم الجزية، وإبل الصدقة، وضوال الناس التي يقوم بحفظها، لأن النبي ﷺ: حمى النقيع لخيال المسلمين).

(٥) جاء في الحاوي: ٣٢٩/٩: (وإن أراد أن يحمي لخيال المجاهدين، ونعم الجزية والصدقة، ومواشي الفقراء، نظر: فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين وأغنيائهم لضيق الكلاً عليهم لم يجز، وإن كان لا يضر بهم لأنه مكمل من كثير ففيه قولان: أحدهما: لا يجوز أن يحمى، والثاني: يجوز أن يحمى لما فيه من صلاح المسلمين).

(٦) الربذة: من قرى المدينة على ثلاثة أيام قريبة من ذات عرق، وفيها قبر أبي ذر الغفاري. انظر: معجم البلدان: ٢٤/٣.

(٧) جاء في المعجم الكبير للطبراني: ٣٧٠/١٢: (عن ابن عمر قال: «حمى النبي لله الربذة لأهل الصدقة»).

أبو حنيفة، وقال الشافعي : يملكه بملك الأرض. دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر بن عبد الله : « الناس شركاء في ثلاث : الماء والنار والكأ »^(١)، وفي لفظ آخر : « نهى عن بيع الماء »^(٢)، وقوله في حديث أبي هريرة : « من منع فضل مائه ليمنع به الكأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة »^(٣)، ولأن الأصل في هذه الأشياء الإباحة أشبه الصيد إذا اتحل في أرضه، وأشبه إذا نبع من الموات.

١٢٨٩ - مسألة : يجب بذل ما فضل من الماء عن حاجته لزراع غيره، وبه^(٤) قال مالك خلافاً لأكثرهم، وعن أحمد نحوه. دليلنا: ما تقدم من حديث أبي هريرة، ولأنه محتاج إلى فضل الماء لإحياء ملكه أشبه إذا احتاج إليه لبهائمه.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه : ٨٢٦/٢، وأخرجه أبو داود : ٢٧٨/٣، وأخرجه أحمد : ٣٦٤/٥، والبيهقي في السنن الكبرى : ١٥٠/٦.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک : ٥١/٢، ومسلم في صحيحه : ١١٩٧/٣، وأحمد في المسند : ٣٥٦/٣، والطبراني في المعجم الكبير : ٢٧٠/١.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه : ٣١/٩، ومسلم في صحيحه : ١١٩٨/٣، وأبو داود في السنن : ٢٤٨/٢، وأحمد في مسنده : ١٨٣/٢، ٢٢١.

(٤) جاء في الممتع : ٥٧/٤ : (وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم غيره لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من منع فضل الماء وفضل الكأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة »). وهل يلزمه بذله لزراع غيره على روايتين : لا يلزمه بذل ذلك لزراع غيره على المذهب، فلا أن الزرع لا حرمة له. والثانية : يلزمه ذلك على رواية، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء، رواه أبو داود والنسائي).

كتاب الوقف^(١)

١٢٩٠ - مسألة: ليس من شرط صحة الوقف أن يحكم به حاكم^(٢)، وبه قال أكثرهم، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلزم إلا بحكم وحاكم، أو يخرج مخرج الوصية فيلزم بالموت.^(٣) دليلنا: ما روي عن عمر أنه أتى النبي ﷺ فقال: «إني أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فكيف تأمرني فيه؟» فقال: إن شئت حبست أرضها وتصدقت بثمرتها»،^(٤) فتصدق بها عمر، أنها لا تباع ولا توهب ولا تورث، وذكر الخبر بطوله، فمنه دليلان أحدهما: قوله: حبس وعندكم لم يتحبس، والثاني: أن عمر جعلها لا تباع ولا تورث ولا توهب وعندكم يجوز ذلك، ولأنها جهة من جهات القرب فجاز أن يلزم في حال الحياة من غير حكم حاكم كسائر القرب من الصدقات وغيرها، وكبناء المساجد.

فصل: إذا ثبت أن ليس من شرط حكم حاكم، فإن الملك ينتقل إلى الموقوف

(١) الوقف هو: تحييس الأصل، وتسييل الثمرة.

حكمه: مستحب، لقول الرسول ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: علم ينتفع به، وولد صالح يدعو له، أو صدقة جارية» رواه مسلم.

(٢) جاء في المستوعب: ٤٦١/٢: (ويصح الوقف وإن لم يحكم به حاكم).

(٣) عند أبي حنيفة: لا يلزم الوقف إلا بأحد أمرين: إما أن يحكم به القاضي بدعوى صحيحة، أو يخرج مخرج الوصية، فيقول: أوصيت بغلة أرضي، أو داري، أو يقول: جعلتها وقفاً بعد موتي فتصدقوا بها على المساكين؛ والصحيح أنه يصح من الثلث غير لازم اتفاقاً لكونه وصية محضة، واللزوم إنما هو في حق ورثته حتى ولو مات. انظر: الاسعاف في أحكام الوقف لإبراهيم بن موسى الطرابلسي الحنفي: ٤-٣.

(٤) أخرجه البخاري في باب الشروط في الوقف. انظر: صحيح البخاري: ٢٦٠/٣، ١٢/٤،

وأخرجه مسلم: ١٢٥٥/٣

عليه^(١)، وقال أبو حنيفة: ينتقل إلى الله تعالى، وقال مالك: هو على ملك الواقف، وعن الشافعي كالمذاهب الثلاثة^(٢)، وفائدة الخلاف أن من نقله إلى الموقوف عليه جعله أحق بالنظر فيه من الواقف، إلا أن يكون الواقف شرط ذلك لنفسه، وكذلك في الأمة تكون من وقفت عليه أحق بالتزويج لها من الواقف. دليلنا: أنه سبب يقطع تصرف المالك عن العين والمنفعة أشبه العتق، ولا يلزم الجنون لأن هذا يقتضي أن يكون الشخص من أهل التصرف، ولا يلزم الرهن لأنه لا يمنع التصرف بالعتق والبيع ممن هو في يده أو من غيره بإذن المرتهن وعند قضاء الدين، والدلالة على أنه ينتقل إلى الأدمي أنه سبب إذا طرأ على الملك لم يخرج من حكم المالية، فإذا جعل إلى من يصح تملكه وجب أن يكون له مالك يملكه كالهبة والبيع، وفيه احتراز من العتق والوقف على المساجد بنذرهما.

١٢٩١ - مسألة: لا يعتبر في زوال ملك الواقف إخراج الوقف عن يده، وبه قال

(١) جاء في المغني: ١٨٨/٨: (وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم في ظاهر المذهب، قال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم، وهذا يدل على أنهم ملكوه.. وقال أبو حنيفة: لا ينتقل الملك في الوقف اللازم بل يكون حقاً لله تعالى، لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية، بتمليك المنفعة، فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق. انظر: الإنصاف: ٣٨/٧.

(٢) هذه المسألة وهي [الملكية في الوقف] حدث فيها خلاف كبير بين العلماء، ونستطيع أن فخلص أرجحها على النحو التالي:

(أ) ذهب الحنابلة في ظاهر المذهب أن الملك ينتقل في الموقوف إلى الموقوف عليهم.
(ب) القول الثاني: وهو الأرجح عند الشافعية، ومذهب الحنفية: إلى أن الملك ينتقل من ملك الواقف إلى غير مالك من العباد، بل إلى ملك الله تعالى لقوله ﷺ: «تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث»، والتصدق بالأصل يقتضي خروجه عن ملك الواقف، ولا يمكن إدخاله في ملك أحد من العباد إذ ليس للعباد فيه إلا الغلات.

(ج) القول الثالث: الملكية لا تخرج عن الواقف، ذهب إلى ذلك المالكية، وإن كانت ملكية مقيدة، فليس له بيعها ولا التصرف في رقبته لقول الرسول ﷺ في إحدى الروايات: «حبس الأصل وسبل الثمرة»، وتحببس الأصل لا يقتضي خروجه عن ملك الواقف. انظر: فتح القدير: ج ٥، ص ٤٠ فقد جاء فيه: قال أبو حنيفة: (لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته).

الشافعي وأبو يوسف، وفيه رواية أخرى: يعتبر ذلك^(١)، وبه قال مالك في إحدى روايته، ومحمد بن الحسن وعن مالك رواية أخرى: إن كان يصرف منفعته في الوجوه التي وقفها عليه إلى أن مات فهو صحيح، ولا تختلف الرواية عن مالك أنه إن لم يصرفها في وجوهها أنه لا يصح وجه الأولى أنه إزالة ملك عن الرقبة على وجه لا يقصد الانتفاع بها فلا يكون من شرط لزومه القبض كالعتق، ولأنه لما لم يفتقر إلى القبول وهو شرط العقد فأولى أن لا يفتقر إلى القبض.

١٢٩٢ - مسألة: يصح وقف المشاع^(٢)، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف^(٣) خلافاً لمحمد ابن الحسن.^(٤) دليلنا: ما تقدم من حديث عمر وأنه وقف مائة سهم من خيبر^(٥)، وأجازته النبي ﷺ، ولأنها عرضة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفردة، وكما لو وقف الشريكان معاً وجعلا المصروف واحداً.

١٢٩٣ - مسألة: إذا جعل علو بيته مسجداً دون سفله، أو سفله دون علوه،

(١) جاء في الكافي: ٤٥٥/٢: (الوقف يزيل ملك الواقف، لأنه يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة، فأزال ملكه عن الرقبة كالعتق، وزيل الملك بمجرد لفظه، لأن الوقف يحصل به، وعنه: لا يحصل إلا بإخراجه عن يده. قال أحمد: الوقف المعروف أن يخرج من يده ويوكل من يقوم به لأنه تبرع فلم يلزم بمجرد).

(٢) جاء في المغني: ٢٣٣/٨: [مسألة]: قال: (يصح وقف المشاع) وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن: لا يصح، وبناء على أصله وهو أن القبض شرط، وأن القبض لا يصح في المشاع. دليلنا: أن في حديث عمر أنه أصاب مائة سهم من خيبر، واستأذن النبي ﷺ منها فأمره بوقفها، وهذه صفة المشاع).

(٣) جاء في روضة الطالبين: ٣١٤/٥: (يجوز وقف العقار والمنقول كالعبيد والثياب سواء المقسوم والمشاع كنصف دار ونصف عبد). انظر: فتح القدير: ٤٥/٥.

(٤) سبب اختلاف الفقهاء في وقف المشاع أو عدمه هو اشتراط القبض.. فمن اعتبر أن الوقف يتم من غير حاجة إلى القبض.. يجيزون الوقف مع الشيوع.. والذين اشتراطوا القبض حكموا بأن الوقف لا يصح في المشاع.. فالإمام مالك اشترط القبض والحيازة، وبناء على ذلك قال: بأنه لا يصح نقل المشاع).

(٥) تقدم تخريجه في المسألة رقم (١٢٨٧)

صح ذلك^(١)، وبه قال بعض أصحاب أبي حنيفة، وقال أبو حنيفة: لا يصح، وله بيعه، ومن أصحابه من قال: إن أفرد العلو بالوقف لم يصح، لأنه لا يابّد بقاءه، لأنه إذا خرب لم يبق هناك حق يتناوله عقد والسفل بخلافه. دليلنا: أنه لو باع السفل دون العلو والعلو دول السفل صح، كذلك الوقف.

١٢٩٤ - مسألة: إذا جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس في الصلاة صح الوقف^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر حق الاستطراق. دليلنا: أن المسلمين لا يملكون نفس المسجد، وإنما يثبت لهم حق الانتفاع من جهة الصلاة فيه، ولا يمكن يصلون إلى الصلاة إلا بالتطرق إليه، فيجب أن يثبت لهم حق التطرق وإن لم يشترط، كما لو استأجر داراً ولم يذكر حق الاستطراق.

١٢٩٥ - مسألة: يصح وقف الحيوان، وكذلك كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه^(٣)، به قال الشافعي^(٤)، وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يصح وقف الحيوان والرقيق والاروض^(٥) ما خلا الكراع^(٦) والسلاح في سبيل الله، وما خلا البقر

(١) جاء في المغني: ١٩٣/٨: (إذا جعل علو داره مسجداً دون سفلها، أو سفلها دون علوها صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح، لأن المسجد يتبعه هواؤه. ولنا: أنه يصح بيعها، كذلك يصح وقفه).

(٢) جاء في المغني: ١٩٤/٨: (وإن جعل وسط داره مسجداً ولم يذكر الاستطراق صح، لأنه عقد بيع الانتفاع من ضرورته الاستطراق فصح وإن لم يذكره .. وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الاستطراق).

(٣) جاء في الممتع: ١١٨/٤: (ولا يصح إلا بشروط أربعة؛ أحدها: أن يكون في عين يجوز بيعها، ويسكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها كالعقار، والحيوان، والأثاث والسلاح، لأن حديث أم معقل يدل على صحة وقف الحيوان، ولفظه: (جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله: «إن أبا معقل جعل ناضحة في سبيل الله، وإنني أريد الحج أفأركبه؟، فإن الحج والعمرة في سبيل الله»). أخرجه أحمد في مسنده: ٤٠٦/٦.

(٤) جاء في روضة الطالبين: ٣١٤/٥: (الثانية: يجوز وقف ما يراد لعين تستفاد منه كالأشجار للثمار والحيوان للبن والصوف والوبر والبيض).

(٥) انظر: فتح القدير: ٤٩/٥.

(٦) الكراع: هو الخيل.

والآلة والرقيق في الأرض الموقوفة للعمل فيها، فإن ذلك يصير وقفاً بنفس الوقف، وعن مالك في وقف ذلك في الجملة روايتان. دليلنا: قوله ﷺ: «إن خالداً حبس أدرعه وأعبده في سبيل الله»^(١)، ولأنه أصل يتباقا ينتفع به مع بقاء عينه، فإذا جاز بيعه جاز وقفه كالنخل والشجر والبقر والآلة من الأرض، وكما لو وقفه في الجهاد.

١٢٩٦ - مسألة: إذا شرط الواقف أن ينفق على نفسه طوال حياته جاز وهو اختيار الخرقى^(٢)، وبه قال أبو يوسف، وقال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن: لا يصح الشرط.^(٣) دليلنا: أن الوقف على معين أحد نوعي الوقف

(١) أخرجه البخاري في صحيحه [١٣٩٩]: ٥٣٤/٢، وأخرجه مسلم في صحيحه [٩٨٣]: ٦٦٦/٢.

(٢) جاء في الكافي: ٤٥١/٢: (وإن وقف على نفسه ثم على أولاده ففيه روايتان؛ إحداهما: لا يصح، لأن الوقف تملك، فلم يصح أن يملك نفسه به كالبيع. والثانية: يصح، لأنه لما جاز أن يشترط لنفسه منه شيئاً، جاز أن يختص به أيام حياته كالوصية).

(٣) هذه المسألة وقع فيها الخلاف:

أ - أجاز أبو يوسف للواقف أن يشترط أن تكون الغلة كلها أو جزء منها لنفسه مادام حياً، واعتبر السرخسي في مبسوطه ذلك توسعة في الوقف.

ب - وقال محمد بن الحسن: لا يجوز للواقف أن يشترط ذلك، ويعتبر الشرط مناقضاً لأصل الوقف إذا اقترن الشرط بصيغة أبطل عملها، وأذهب أثرها فلا ينعقد الوقف مع اشتراطه فقد جاء في المبسوط: وعند محمد إذا جعله وقفاً على نفسه أو جعل شيئاً من الغلة لنفسه مادام حياً فالشرط باطل).

ج - وعند المالكية: لا يجوز اشتراط الغلة لنفسه ولكن اشتراط ذلك لا يبطل الوقف إذا كان معه غيره، وجاء في حاشية الصاوي على الشرح الصغير: إن الوقف على النفس باطل وغيره صحيح.

د - وعند الشافعية: أن الوقف على النفس لا يجوز، ولا يصح الوقف مع هذا الشرط، فقد جاء في المذهب: (ولا يجوز أن يقف على نفسه، ولا أن يشترط لنفسه منه شيئاً).

هـ - وعند الحنابلة قولان؛ أحدهما: أن الوقف صحيح والشرط باطل. وثانيهما: أن الشرط صحيح هو الوقف. انظر: توضيح هذه المسألة: حاشية الصاوي: ٢٦٧/١٢، والتاج والإكليل: ٢٢/٦، والمذهب: ٤٤٧/٨، ومنتهى الإرادات: ٤٦٨/٣.

فجاز أن يخون الواقف، فيه كأحد الموقف عليه كالوقف على غير معين كالمساجد ونحوها.

١٢٩٧ - مسألة: إذا وقف على قوم ولم يجعل آخره للفقراء والمساكين صح^(١) وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد خلافاً لأحد قولي الشافعي. دليلنا: أن عرف الوقف ينصرف إلى المساكين فيجب أن يحمل الإطلاق إليه كما لو قال: وقفت هذه الدار على المسجد، فإنه يصح ويحمل على المعهود من البناء والبرر، وكذلك هاهنا.

١٢٩٨ - مسألة: إذا قال: وقفت داري ولم يجعل لها وجهاً، فقياس المذهب الصحة وإصرافه في وجوه البر والخير، وبه قال مالك،^(٢) وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يصح.^(٣) دليلنا: أنه لو قال: وصيت بثلاثي صح كذلك الوقف، ولأننا قد بينا أن الشيء إذا كان له عرف حمل الإطلاق عليه، كذلك هاهنا، والعرف هاهنا ما ذكرنا.

١٢٩٩ - مسألة: إذا وقف على عقبه، أو نسله، أو ولد ولده، أو على ذريته، أو ولد ولده لصلبه، لم يدخل فيه ولد البنات،^(٤) وبه قال مالك ومحمد بن الحسن، وهو

(١) جاء في المغني ٢١٠/٨: (فإن لم يجعل آخره المساكين ولم يبق ممن وقف عليه أحد رجع إلى ورثة الواقف في إحدى الروايتين عن أبي عبدالله، والرواية الثانية: يكون وقفاً على أقرب عصبة الواقف).

(٢) جاء في الكافي: ٤٥٢/٢: (وإن قال: وقفت داري ولم يذكر سبيلها صح في قياس المذهب، لأنه إزالة ملك على سبيل القرية فصح مطلقاً كالعق و حكمه حكم منقطع الانتفاع).

(٣) جاء في روضة الطالبين: ٣٣١/٥: (فلو قال: وقفت هذا واقتصر عليه فقولان:، وقيل وجهان أظهرهما: عند الأكثرين بطلان الوقف .. والثاني: يصح).

(٤) جاء في الممتع: ١٤١/٤: (وإذا وقف على عقبه أو ولد ولده، أو ذريته دخل فيه ولد البنين، لأنه ولد ولده حقيقة وانتساباً، ولا يدخل ولد البنات، لأنه لا ينتسب إليه).

اختيار الخرقى، وقال الشافعي وأبو يوسف : أنهم يدخلون، وهو اختيار أبي بكر من أصحابنا، لأنه أخذ بظاهر كلام أحمد وإنه إذا قال : ولدي لصلبي لم يدخل ولد البنات، فدل على أنه إذا لم يذكر الصلب دخلوا. دليلنا : أن المال إذا أضيف إلى الأولاد لم يدخل في إطلاقه ولد البنات كقوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾^(١)

١٣٠٠ - مسألة : إذا خرب الوقف لم يعد إلى ملك الواقف، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لمحمد بن الحسن. دليلنا : أنه إزالة ملك على وجه القرية فلا يعود إلى مالكه باختلاله كالعق.

فصل : إذا ثبت هذا فإنه يباع ويصرف ثمنه في مثله، وكذلك الغرس الحبيس والمساجد وجميع الوقوف^(٣) خلافاً لمالك والشافعي وأبي يوسف في قولهم ببقائه على حاله ولا يباع. دليلنا : «ما روي أن عمر بن الخطاب كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب على بيت المال بالكوفة بأن أنقل المسجد الذي بالتمارين وأجعل بيت المال في قبيلته، فإنه لن يزال في المسجد مصلياً، وهذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه»، ولأنه إزالة ملك، لم تبين على التغليب والسراية فجاز أن يلحقه : نفي كالببيع وعكسه العتق، وأيضاً فإن المقصود الانتفاع وهو حاصل بما ذكرناه وفائت فيما ذكره، فكان تحصيل المقصود أولى كالهدي إذا عطب دون محله فإنه يذبح في مكانه ويصرف إلى الفقراء ويكون أولى من وصوله إلى الحرم أو موته.

١٣٠١ - مسألة : إذا أذن للناس في الصلاة في أرضه، أو بالدفن فيها، صارت

(١) سورة النساء. الآية رقم : ١١.

(٢) جاء في الكافي : ٤٦٣/٢ : (وكل وقف خرب بيع واشترى بثمنه ما يرد على أهل الوقف).

(٣) المستوعب. ٤٦٦/٢.

وقفاً وإن لم ينطق به ^(١) خلافاً للشافعي ^(٢). دليلنا: أنها إمارة على الوقف أشبه قوله وقفها.

١٣٠٢ - مسألة: إذا وقف على وارثه في مرض موته ما يخرج من ثلثه صح، وكذلك لو وصى بالوقف عليه ^(٣) خلافاً لأكثرهم وإحدى الروایتين وهي اختيار أبي حفص العكبري. دليلنا: ما احتج به أحمد من وصية عمر ^(٤) وأنه قال: «هذا ما وصى به عمر أمير المؤمنين أن حدث به حديث أن ثمناً ^(٥) صدقه والعبد الذي فيه والسهم الذي في خبير ورقيقه الذي فيه، والمائة سهم الذي أطعمني محمد ﷺ بالواد تليه حفصة ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهله لا يباع ولا يشتري بنفقة حيث يرى من السائل والمحروم وذوي القربى ولا حرج على من وليه إن أكل واشتري منه رقيق»، فحفصة كانت وارثة وقد جعل لها فيه الأكل منه، ولأنه مما لا يلحقه الفسخ ويريد به مع إمكان الانتفاع به، أو أنه لا يرجع إلى الموقوف، وإذا كان كذلك صح صرفه إلى وارثه كالعقود وزيد به إذا ملك في هذه الحانة من يعتق عليه ببيع أو غيره.

(١) جاء في الكافي: ٤٥٣/٢: (ويصح الوقف بالقول والفعل الدال عليه، مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه، أو مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها، أو سقاية ويشرع بابها ويأذن في دخولها، لأن العرف جار به وفيه دلالة على الوقف، فجاز أن يثبت فيه كالقول).

(٢) جاء في المهذب: ٤٤٩/١: (فصل: ولا يصح الوقف إلا بالقول، فإن بنى مسجداً وصلى فيه، أو أذن للناس بالصلاة فيه، لم يصح وقفاً، لأنه إزالة ملك على وجه القرية فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعقود).

(٣) جاء في إل، يعني: ٢١٧/٨: (واختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرسه على بعض ورثته، فعنه: لا يجوز ذلك، فإن فعل وقف على إجازة سائر الورثة، فإن أحمد قال في رواية إسحاق عن إبراهيم في من أوصى لأولاد بنيه بأرض توقف عليهم فقال: إن لم يرثوه فجائز).

(٤) الحديث أخرجه أحمد في مسنده: ١١٤/٢، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوقف، باب الصدقات المحرمات: ١٦٠/٦.

(٥) جاء في النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: ٢٢٢/١: في حديث صدقه عمر رضي الله عنه «إن حدث به حدقة إن ثمناً وصرمة بن الأكوع هما مالان معروفان بالمدينة كانا لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فوققهما».

كتاب الهبة^(١)

١٣٠٢ - مسألة : الهبة لا تلزم بمجرد العقد،^(٢) وبه قال أكثرهم خلافاً لما لك .
 دليلنا : إجماع الصحابة أبي بكر وعمر وعثمان . أما قصة أبي بكر فظاهرة وهو قوله لعائشة : «إني كنت نحلّك جذاذ عشرين وسقاً بالعالية وودت إنك حزتيه وجذذتيه» وإنما هو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك وعن الباقيين نحوه»^(٣) .
 ولأنها هبة لم تقبض فلا تلزم كما لو مات الواهب ولا تلزم هبة المتعين لأنه يستوي فيه الأصل والفرع .

فصل : فإن كانت متعينة لزمّت من غير قبض، وفيه رواية أخرى : لا تلزم في الموضعين إلا بالقبض، وبه قال من اعتبر القبض . دليلنا : ما روي عن علي وابن مسعود أنهما قالا : «الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض»^(٤)، وأيضاً فإن التملك بلا عوض أحد نوعي التملك، فكان منه ما يلزم بالقبض، ومنه ما يلزم من غير قبض كالتملك بعوض، فإن الصرف لا يلزم إلا بالقبض وبغيره يلزم من غير قبض .

(١) الهبة : في النّعة : من هبوب الريح، مصدر مشتق من الهبوب وهو المرور، يقال : وهبت له شيئاً وهباً وهبة .

وشرعاً : (هي التبرع من جائز التصرف، بتمليك ماله المعلوم الموجود في حياته غيره) .
 حاشية الرّوض المربع : ٤/٦ .

(٢) جاء في المغني : ٢٤٠/٨ : (فإن المكيل والموزون لا تلزم منه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء منهم : النخعي، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي .

وقال مالك وأبو ثور : (يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله ﷺ : «العائد في هبته كالعائد في قبضه» ، ولأنه إزالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد) . ولنا : إجماع الصحابة .

(٣) أخرجه الإمام مالك في باب ما لا يجوز من النحل، الموطأ : ٧٥٢/٣، والبيهقي : في باب شرط القبض في الهبة . انظر : السنن الكبرى : ١٧٠/٦، ١٧٨ .

(٤) انظر : المغني : ٢٤٢/٨ .

١٣٠٤ - مسألة: إذا قبض الموهوب من غير إذن الواهب لم يصح القبض^(١) وإن كان في يده ، فهل يحتاج إلى إذن ؟ على وجهين، وقال أبو حنيفة: إذا قبضها في المجلس صح وإن لم يأذن له،^(٢) وعن الشافعي نحو ما ذكرنا من التفصيل.^(٣) دليلنا: أنه لو قبضها في غير المجلس لم يصح كذلك في المجلس كما لو نهاه عن القبض.

١٣٠٥ - مسألة: تصح هبة المشاع،^(٤) وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(٥)

(١) جاء في المغني: ٢٤٢/٨: (والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها.. ولا يصح قبضها إلا بإذنه .. فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض، لأنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم يصح كما بعد المجلس، أو كما لو نهاه عن قبضها، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب، فلم يصح التسليم إلا بإذنه).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٣٦٨٨/٨ ما ملخصه ما يلي: (قال عامة العلماء إن القبض شرط .. والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرف فيه كيف شاء ... وقال مالك: ليس بشرط، ويملكه الموهوب له من غير قبض، لأنه عقد تبرع بتمليك العين فيفيد الملك قبل القبض كالوصية ...

وأما الإذن فنوعان: صريح، ودلالة. وأما الدلالة فهي: أن يقبض الموهوب له العين في المجلس، ولا ينهيه الواهب، فيجوز قبضه استحساناً، لأن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة، لأن الإقدام على إيجاب الهبة إذن بالقبض، لأنه دليل قصد التمليك، ولا ثبوت ذلك إلا بالقبض. فكان الإقدام على الإيجاب إذناً بالقبض دلالة).

(٣) جاء في الحاوي: ٤٤٠/١٩: (وأما القبض فهو من تمام الهبة لا تملك إلا به .. وهو قول أهل العراق .. وقال مالك وداود: الهبة تتم بالعقد ويؤخذ الواهب جبراً بالقبض ..).

(٤) جاء في الممتع: ١٥٨/٤: (وتصح هبة المشاع، لأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال: «سمعت رسول الله ﷺ وقد جاءه رجل ومعه كبة من شعر، فقال: أخذت هذه من المغنم لأصلح بردة فقال النبي ﷺ: «ما كان لي ولبنني عبدالمطلب فهو لك»، وهذه هبة مشاع، أخرجه أبو داود: ٦٣/٣، والنسائي: ٢٦٣/٦.

(٥) جاء في بدائع الصنائع: ٣٦٨/٨: (ومنها أن يكون محرراً، فلا تجوز هبة المشاع فيما يقسم ويجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام، هذا عندنا، وعند الشافعي - رحمه الله - ليس بشرط فتصح هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم).

دليلنا: ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : «سمعت النبي ﷺ وقد جاءه رجل معه كبة من شعر فقال : أخذت هذه من المغنم لأصلح بردعة لي فقال النبي ﷺ : أما ما كان لي ولبني المطلب فهو لك» ^(١) ، وهذا هبة مشاع، ولأنه مشاع جاز بيعه فجاز هبته كالذي لا يمكن قسمته كالجوهرة والسيف ونحوهما.

(١) أخرجه أبو داود في سننه [٢٦٩٤] كتاب الجهاد: ٦٣/٣، وأخرجه النسائي في سننه [٣٦٨٨] كتاب الهبة: ٢٦٣/٦.

باب

(١) العمري والرقبي

١٣٠٦ - مسألة: إذا قال أعمرتك داري فهي له ولورثته من بعده سواء أطلق أو قال: ولعقبك من بعدك، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال مالك: هي تملك للمنافع، فإذا انقرض المعمر أو عقبه إن كان مذكوراً عاد إلى المعمر. دليلنا: قوله ﷺ في حديث جابر بن عبد الله: «من أ عمر عمرى في حياته فهي له ولورثته من بعده يرثها من يرثه من بعده»^(٣)، وفي لفظ آخر: «العمرى لمن وهبت له»، وفي لفظ آخر: «أما رجل أ عمر عمرى فهي للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها وقعت فيها المواريث»^(٤)، وفي لفظ آخر: «أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها، فمن أ عمر شيئاً حياته فهو له حياته وبعد موته»^(٥)، روى هذه الألفاظ ابن بطة في سننه بإسناده عن جابر.

(١) قال الماوردي: أعلم أن العمري والرقبي عطيتان من عطايا الجاهلية، وورد الشرع فيهما بأمر ونهي، واختار الفقهاء لأجلهما، وفي الذي أريد بهما..
أما العمري: فهو أن يقول: جعلت داري هذه لك عمرى، أو يقول: قد جعلتها لك عمرك، أو مدة حياتك فتكون له مدة حياته وعمره، فإذا مات رجعت إلى المعمر إن كان حياً، أو إلى ورثته إن كان قد مات، وسميت عمرى لتملكه إياها مدة عمره وحياته.
وأما الرقبى: فهو أن يقول: قد جعلت داري هذه لك رقبى - يعني: أنك ترقبني وأرقبك، وإن مت قبلي رجعت إلي، وإن مت قبلك فالدار لك.. فسميت رقبى من مراقبة كل واحد منهما لصاحبه. انظر: الحاوي: ٤٠٦/٩ وما بعدها، والمغني لابن قدامة: ٢٨٢/٨.
(٢) جاء في المغني: ٢٨١/٨: (وإذا قال داري لك عمرى، أو هي لك عمرك، فهي له ولورثته من بعده).

(٣) أخرجه أبو داود في باب الرقبى: ٣٦٥/٢، والإمام أحمد في مسنده: ٢٩٧/٣.
(٤) أخرجه البخاري في صحيحه: ٩٢٥/٢، ومسلم في صحيحه: ١٢٤٦/٣، وأبو داود في سننه: ٣٩٤/٣.

(٥) أخرجه النسائي في السنن الكبرى: ١٣١/٤، والمجتبي من السنن: ٢٧٤/٦.

١٣٠١ - مسألة: وحكم الرقبى حكم العمرى^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وصفة

الرقبى: أرقتك هذه الدار وجعلتها لك حياتك على أنك إن مت قبلي عادت إليّ، وإن مت قبلك فهي لك ولورثتك، وكذلك لو قال: هذه الدار لك رقبى وأطلق، وقال أكثرهم: هي باطلة، إلا أن أبا حنيفة^(٣) إنما يبطل المطلقة ويقول: لأنه يحتمل أن يكون أراد التملك في الحال، ويحتمل أن يكون أراد بعد الموت والمقيدة بخلافه. دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن جابر بن عبد الله عن النبي ﷺ أنه قال: «لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته»^(٤)، ورواه أبو داود: «لا تُعمرُوا ولا تُرَقِّبُوا فمن أرقب أو أعمر فهو لورثته»^(٥)، وفي لفظ آخر: «العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها»^(٦)، فوجه الدلالة أنه سوى بينهما، وأنه لو شرط الرجوع بعد الموت صح، كذلك إذا أطلق كالعمرى.

١٣٠٨ - مسألة: إذا شرط الرجوع بعد الموت صح^(٧) كذلك إذا أطلق كالعمرى.

١٣٠٩ - مسألة: إذا شرط في العمرى أو الرقبى الرجوع إلى أهله بعد موت

(١) انظر: المغني: ٢٨٦/٨ حيث جاء فيه: (والحكم فيها على ما تقدم ذكره).

(٢) جاء في المذهب: ٤٥٥/١: (والرقبى فهي كالمسألة الثانية من العمرى أي فيها قولان؛ أحدهما: باطلة، لأنه تملك عين فور بمدة، والثانية: قال في الجديد: هي عطية صحيحة).

(٣) انظر: بدائع الصنائع: ٣٦٧٢/٨ وما بعدها.

(٤) أخرجه النسائي في سننه [٣٧٣٢]: ٢٧٣/٦ كتاب العمرى، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر، وأخرجه ابن ماجه في سننه [٢٣٨٢]: ٧٩٦/٢ كتاب الهبات، باب الرقبى.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه [٣٥٥٦]: ٢٩٥/٣، كتاب البيوع.

وأخرجه النسائي في سننه [٣٧٣٢]: ٢٧٣/٦ كتاب العمرى، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين.

(٦) أخرجه الترمذي في الجامع: ٦٣٣/٣، والنسائي في سننه: ٢٧٤/٦، وأبو داود في سننه: ٢٩٥/٣، وأحمد في مسنده: ٣٠٣/٣.

(٧) جاء في الممتع: ١٥٩/٤: (ولو شرط رجوعها إلى المعمر عند موته، أو قال: هي لآخرنا موتاً صح الشرط، وعنه لا يصح وتكون للمعمر ولورثته، لأن النبي ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»، ولما روى جابر قال: إنما العمرى التي أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: هي لك ولعقبك).

المعمر والمرقب لم يبطل العقد،^(١) وهل يبطل للشرط في نفسه ؟ على روايتين :
أصحهما : بطلانه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي : الشرط باطل وفي
العقد قولان : الجديد صحته^(٢)، فالدلالة على صحة العقد وفساد الشرط أنه
شرط نسي غير العاقد فبطل في نفسه، كما لو شرط على المشتري أن لا ينتفع
به زيد الأجنبي، وعكسه إذا شرط ألا ينتفع المشتري، ونريد بقولنا على غير
العاقد أنه إذا قال : إذا مت عاد إليّ، فهذا شرط على الورثة.

١٣١٠ - مسألة : السنة في عطية الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين،^(٣) وبه قال
شريح وإسحاق ومحمد بن الحسن، وقال أكثر الفقهاء : يسوى بينهما. دليلنا :
أن العطية في حال الحياة أحد نوعي العطية فكانت على التفضيل كالعطية من
صاحب الشريعة، وهي الإرث بين هذا أنه تعجيل لما يستحقه بالموت فكان
على صفته.

١٣١١ - مسألة : إذا فاضل بين ولده في العطية، أو خص بعضهم دون بعض،
حرم ذلك ولزمه الرجوع،^(٤) وبه قال داود، وقال أكثرهم : لا يلزمه الرجوع ولا
يحرم ذلك. دليلنا : ما روي عن النعمان بن بشير أنه قال : «هب لي أبي هبة

(١) انظر : المغني : ٢٨٩/٨، والكافي : ٤٧٣/٢.

(٢) جاء في روضة الطالبين : ٣٧٠/٥ : (أن يقول : جعلتها لك عمرك، فإذا مت عادت إليّ أو إلى
ورثتي إن كنت مت. إن قلنا بالجديد فوجهان : أحدهما : البطلان والصحيح الصحة، وبه قطع
الأكثر، وسواء بينه وبين مسألة الإطلاق).

(٣) بناءً على الكافي : ٤٦٤/٢ : (ولا يجوز تفضيل بعض ولده على بعض في العطية، بل يجب
عليه التسوية، والتسوية المأمور بها القسمة بينهم على قدر موارثهم، لأنه تعجيل لما يصل
إليهم بعد الموت فأشبه الميراث).

(٤) جاء في المغني : ٢٥٦/٨ : (وجملة ذلك أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في
العطية إذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح التفضيل، فإن خص بعضهم بعطية أو فاضل بينهم
فيها أتم ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين : إما رد ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب
الآخر). قال طاووس : لا يجوز ذلك ولا رغيّف محترق.

فقال لي أُمي : أشهد عليها رسول الله ﷺ ، فأخذ بيدي فانطلقنا حتى أتينا رسول الله ﷺ فأخبرناه فقال : ألك ولد ؟ فقال : نعم . قال : كلهم أعطيته كما أعطيته ؟ قال : لا . قال : فلا تشهدني على جور ، إن لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم ، وفي لفظ آخر : «أشهد غيري» ، وفي لفظ آخر : «ارتجعها»^(١) ، ولأنه يفضي إلى التباغض والتحاسد وقطيعة الرحم ، فمنع منه كنكاح الأختين .

١٣١١ - مسألة : للأب الرجوع على ولده في الهبة^(٢) ، وبه قال الشافعي ، وفيه رواية أخرى : ليس له ذلك ، وبه قال أبو حنيفة^(٣) ، وفيه رواية ثالثة : إن كان الولد قد استحدث ديناً ، أو كانت أنثى فزوجت سقط حق الأب ، وبه قال مالك وجه الأولى قوله ﷺ في حديث ابن عمر وابن عباس : «لا يحل لرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الذي يعطي العطية فيرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء ، ثم رجع فيه»^(٤) ، ولأنه وهب لولده ولم يتعلق به حق الغير أشبه إذا وهب مشاعاً يمكن قسمته وهذا أصل مركب .

(١) أخرجه البخاري: ٢٠٦/٣ ومسلم: ١٢٤٢/٣ ، وأخرجه أبو داود: ٢٦٢/٢ ، والإمام أحمد في المسند: ٢٦٨/٤ .

(٢) جاء في الكافي: ٤٦٩/٢ : (وإن وهب الرجل لولده ، فله الرجوع للخبر ، ولأن النبي ﷺ أمر بشيراً برد ما وهب لولده النعمان ... ، ولأن الأب لا يتهم في رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو إصلاح الولد .. وليس للجد الرجوع ..) .

شروط الرجوع في الهبة :
أحدها : أن تكون باقية في ملكه ، لأن الرجوع فيها بعد خروجها عن ملكه إبطال لملك غيره .

الثاني : أن يكون تصرف الابن فيها باقياً .

الثالث : أن لا يزيد زيادة متصلة كالسمن والتعلم ، فإن زادت ففي الرجوع روايتان ..

الرابع : أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد نحو أن يرغب الناس في تزويجه فيزوجوه من أجلها ..

(٣) انظر : بدائع الصنائع : ٣٦٩٩/٨ ، ومختصر الطحاوي : ص ١٣٨ .

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه : ٧٩٥/٢ ، والإمام أحمد في المسند : ٧٨/٢ . وانظر : عارضة الأحوذى : ٢٩٤/٨ .

ونخص مالك بأنها هبة لم يتعلق بعينها حق لأحد أشبه لو لم يتزوج ولم يستدين.

فصل: ولا يملك الجد الرجوع في الهبة،^(١) وبه قال مالك خلافاً للشافعي.^(٢) دليلنا. أن النبي خص الأب بذلك، وحقيقة الأب هو الأدنى، ولأنه لا يسقط الأخوة والأخوات ويتقدم عليه في ولاية النكاح ولا يلي عندنا في الأموال بنفسه أشبه بقية العصابات.

فصل: ولا تملك الأم الرجوع في الهبة^(٣) خلافاً لمالك والشافعي.^(٤) دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس بعينه.

١٣١٣ - مسألة: لا يملك الأجنبي الرجوع في الهبة المطلقة^(٥)، وبه قال أكثرهم وهكذا عندنا ما عدا الأب، وقال أبو حنيفة: يملك ما لم تثب أو تزيد الهبة. دليلنا: ما تقدم من الخبر والقياس، ولأننا أجمعنا أن هناك واهب يرجع وواهب لا يرجع، فنحن قلنا الأب يملك دون الأجنبي، وأنتم تقولون الأجنبي دون الأب،

(١) جاء في الكافي: ٤٦٩/٢: (وليس للجد الرجوع، لأن الخير يتناول الوالد حقيقة وليس الجد في معناه، لأنه يدلى بواسطة، ويسقط بالأب، ولا تسقط الإخوة).

(٢) جاء في المهذب: ٤٥٤/١: (وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولأن الأب لا يهتم في رجوعه، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد).

(٣) جاء في المغني: ٢٦٣/٨: (قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال: ليس هي عندي في هذا كالرجل، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ.. ولأن للأب ولاية على ولده ويحوز جميع المال في الميراث بخلاف الأم.. وقال مالك: للأم الرجوع في هبة ولدها ما كان أبوه حياً).

(٤) جاء في روضة الطالبين: ٣٧٩/٥: (للأب الرجوع في هبته لولده.. وأما الأم والأجداد والجدات من جهة الأب والأم فالمذهب أنهم كالأب، وفي قول: لا رجوع لهم.. وقيل: ترجع الأم، وفي غيرها قولان).

(٥) جاء في المغني: ٢٧٧/٨: (فأما غير الأب فليس له الرجوع في هبته ولا هديته، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور.. وقال النخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع).

وما ذكرناه أولى لأن للأب مزية ما ليس لغيره من إسقاط القصاص بولده والولاية عليه وغير ذلك.

١٣١٤ - مسألة : إذا زادت العين الموهوبة لم يمنع ذلك من الرجوع، وبه قال الشافعي^(١) خلافاً لأبي حنيفة وإحدى الروائيتين عن أحمد. دليلنا : أنها زيادة لو كانت قبل القبض لم تمنع كذلك بعد كالمنفصلة.

١٣١٥ - مسألة : الهيئة لا تقتضي الثواب^(٢)، وبه قال أبو حنيفة^(٣) والشافعي في الجديد، وقال في القديم : تقتضي الثواب^(٤)، وبه قال مالك. دليلنا : قوله ﷺ : «تهادوا تحابوا»^(٥)، وشرط الثواب يمنع ذلك، ولأنها عطية لو أعطاهما النظير لنظيره لم تقتضي الثواب، كذلك لمن فوّه كالصدقة.

فصل : فإن شرط الثواب فالشرط صحيح^(٦)، وبه قال أبو حنيفة^(٧)، وقال

(١) جاء في الممتع : ١٦٧/٤ : (وإذا نقصت العين أو زادت زيادة منفصلة لم تمنع الرجوع، لأن الرجوع في الأصل دون النماء ممكن.. وهل تمنع الزيادة المتصلة الرجوع ؟ روايتان).
(٢) جاء في المغني : ٢٨٠/٨ : (والهيئة المطلقة لا تقتضي ثواباً، سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه، وبهذا قال أبو حنيفة.. وقال الشافعي في الهيئة لمثله أو دونه كقولنا .. فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان : أحدهما : أنها تقتضي الثواب، وهو قول مالك لقول عمر رضي الله عنه : (ومن وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته)، ولنا أنها عطية على وجه التبرع فلم تقتضي ثواباً).

(٣) انظر : بدائع الصنائع : ٣٦٨٨/٨ وما بعدها.
(٤) جاء في المذهب : ٤٥٤/١ : (فإن وهب شيئاً لمن دونه لم يلزمه أن يشبهه بعوض، لأن القصد من هبته الصلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة، وإن وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضاً أن يشبهه، وإن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان، قال في القديم : ولم يلزمه أن يشبهه عليه بعوض. وقال في الجديد : لا يجب، لأنه تملك بغير عوض فلا يوجب المكافأة).

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ١٦٩/٦، وأبو يعلى في مسنده : ٩/١١.
(٦) جاء في الكافي : ٤٦٨/٢ : (وإن شرط ثواباً معلوماً صح، وكانت بيعاً ثبت فيها الخيار والشفعة وضمنان العهدة، وحكي عن أحمد رواية ثانية : أنه يغلب فيها حكم الهيئة، وإن شرط ثواباً مجهولاً احتمل أن لا يصح، لأنه عوض مجهول في معاوضة فلم يصح كالبيع، وعنه أنه يصح).

(٧) جاء في بدائع الصنائع : ٣٧٠٨/٨ : (وأما العوض المشروط في العقد، فإن قال : وهبت لك هذا الشيء على أن تعوضني هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد، قال أصحابنا الثلاثة : إن عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع ...).

الشافعي على القول الذي يقول : الهبة لا تقتضي الثواب إذا شرطه هل يبطل العقد ؟ على قولين. ^(١) دليلنا : أنه عقد تبرع فلا يبطل بشرط العوض فيه كالعتق، ولأنه عقد يملك به بانضمام القبض فيه فلا يبطل بشرط العوض كالقرض.

١٣١٦ - مسألة : هبة المجهول لا تصح ^(٢)، وبه قال الشافعي خلافاً لمالك. دليلنا :

أنه تمليك لا يصح تعليقه بشرط أو بالغرر والخطر أشبه البيع وعكسه الوصية.

١٣١٧ - مسألة : للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ما لم يضر بولده ^(٣)، وقال

أكثرهم : لا يأخذ إلا بقدر الحاجة. ^(٤) دليلنا : ما روى أبو بكر بإسناده عن

عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « أن لكل رجل كسباً، وإن ولد الرجل من

كسبه، فليأخذ من ماله ما شاء » ^(٥)، ولأنه أخذ ممن جعل ماله في الشرع له،

فكان له ذلك كالعبد، ولأن مال الولد ينصرف بغير توليه فكان له التصرف فيه

من غير مطالبة بضمان كمال نفسه.

(١) جاء في المذهب : ٤٥٤/١ : (فإن قلنا لا يجب، فشرط فيه ثواباً معلوماً ففيه قولان أحدهما : يصح، لأنه تمليك مال بمال. والثاني : باطل، لأنه عقد لا يقتضي العوض فبطل شرط العوض كالرهن).

(٢) جاء في الممتع : ١٥٩/٤ : (ولا تصح هبة المجهول، لأن الهبة عقد تمليك فلم تصح في المجهول كالبيع).

(٣) جاء في المغني : ٢٧٢/٨ : (وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ويتملكه مع حاجة الأب إلى ما يأخذه ومع عدمها).

(٤) اتفق جمهور الفقهاء أن للأب أن يأخذ من مال ولده .. ولكنهم اختلفوا في ضابط ذلك ..

فذهب الحنابلة ومن معهم إلى أنه يأخذ ما يشاء مع الحاجة أو عدمها ولكن بشرطين :-

الشرط الأول : أن لا يحجف بالابن ولا يضر به، ولا يأخذ شيئاً تعلق به حاجته.

الشرط الثاني : أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر.

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يأخذ إلا بقدر الحاجة فقط.

(٥) أخرجه أبو داود في باب الرجل يأكل من مال ولده : سنن أبي داود : ٢٥٩/٢.

وأخرجه الترمذي : عارضة الأحوذى : ١١٠/٦.

وأخرجه النسائي : المجتبى : ٢١٢/٧.

١٣١ - مسألة: لا يملك الابن مطالبة أبيه بما ثبت له في ذمته من قرض أو قيمة متلف^(١) ونحوه، وقال أكثرهم: يملك ذلك. دليلنا: قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»^(٢)، وكونه مضافاً إليه يمنع المطالبة. وقد روى أبو محمد الخلال بإسناده عن ابن مسعود: «أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً فقال: أنت ومالك لأبيك»، ولأن حقوق الأموال أحد نوعي الحقوق، فلا يملك الابن مطالبة أبيه بها كحقوق الأبدان، ولأن أبا حنيفة يمنع من حبسه مع قدرته على الأداء، فلو ملك المطالبة لملك حبسه في هذه الحالة كالأجنبي.

١٣١٥ - مسألة: ليس من شرط البراءة من الدين قبول المبرأ^(٣) خلافاً لزفر. دليلنا: أنه إسقاط حق أشبه العتاق والطلاق وخيار المجلس والشرط. **فصل:** فإن رد البراءة لم يعد الدين، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما تقدم من القياس.

(١) جاء في الكافي: ٤٧١/٢: (وليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه لما ذكرنا.. قال أحمد: وإذا مات بطل دين الابن...).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير [٦٩٦١]: ٢٣٠/٧، وأخرجه في الصغير: ٨/١.

(٣) جاء في الممتع: ٥٨/٤: (وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه أو هبة له، أو أحله منه، برئت ذمته، وإن رد ذلك ولم يقبله...).

كتاب اللقطة^(١)

١٣٢٠ - مسألة : اللقطة تملك بعد الحول^(٢) والتعريف، وبه قال أكثرهم، وقال أبوحنيفة : لا تملك، فإن كان فقيراً أكلها بشرط الضمان، وإن كان غنياً تصدق بشرط الضمان^(٣). وقد روي عن أحمد : يتصدق بها بعد الحول. دليلنا: ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص: «أن رسول الله ﷺ سئل عن ضالة الغنم فقال: هي لك أو لأخيك، أو للذئب، وسئل عن ضالة الإبل فقال : مالك ولها معها الحذاء والسقاء ترد الماء وتأكل الشجر»^(٤)، وسئل عن اللقطة وقال: «ما كان منها في الطريق الميتاء»^(٥) أو في القرية الجامعة فعرفه سنة، فإن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإن لم يأت فهي لك، وما كان في الخرب ففيها وفي الركاز الخمس»^(٦)، فملكه إياها ولم يشترط الفقر، ولأن من جاز له أن يتصدق بما جاز له أكلها كالفقير، أو تملك بالاحتشاش والاحتطاب أشبه ما ذكرنا، ولأن

(١) اللقطة: قال الخليل بن أحمد: اللقطة بفتح القاف: اسم للملتقط، لأن ما جاء على فعله فهو اسم للفاعل كقولهم : همزة ولمزة وضحك. واللقطة بسكون القاف: المال الملقوط مثل الضحكة. وقال الأصمعي وابن الأعرابي والقراء: هي بفتح القاف: اسم للمال الملتقط. وفي الاصطلاح: (هي المال الضائع من ربه يلتقطه غيره). انظر: المغني: ٢٩٠/٨.

(٢) جاء في الكافي: ٣٥٥/٢: (وما جاز التقاطه، ووجب تعريفه، ملك به، نص عليه أحمد - رضي الله عنه - في الصياد يقع في شبكته الكيس، والنحاس يعرفه سنة، فإن جاء صاحبه وإلا فهو كسائر ماله).

(٣) جاء في مختصر الطحاوي: ص ١٤٠: (وإذا وجد الرجل اللقطة فينبغي أن يعرف عفاصها ووكاءها وعددها ووزنها، وأن يشهد أنه إنما يأخذها ليعرف بها، ثم يعرفها بعد ذلك سنة في الأسواق، وعلى أبواب المساجد، فإن جاء صاحبها فاستحقها بيينة أقامها عليها دفعها إليه وإلا تصدق بها ولا يأكلها إلا أن يكون ذا حاجة إليها).

(٤) أخرجه البخاري: ٨٥٦/٢ رقم [٢٢٩٦]، ومسلم في صحيحه: ١٣٢٩/٣ رقم [١٧٢٢].

(٥) ميتاء: أي طريق مسلوكة، انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير: ٣٧٨/٤.

(٦) أخرجه النسائي في السنن الكبرى: ٢٣/٢، و٤٢٣/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٨٧/٦، والطبراني في المعجم الكبير: ٢٠٧/٢٢ رقم ٥٤٧.

الانفاق حكم من أحكامها فاستوى فيه الغني والفقير كالإمساك والحفظ وغيرهما.

فصل: إذا ثبت هذا فإنه يختص ذلك بالدراهم والدنانير دون العروض والحلي والضالة^(١)، وفي جواز الصدقة بعد الحول على روايتين، وقال من وافقنا أن اللقطة تملك أنه يستوي فيها جميع الأموال. دليلنا: إجماع الصحابة ابن عمر وابن عباس وابن مسعود منهم من قاله قولاً، ومنهم من فعله، ولأن كل مال جعل الحول سبباً في تملكه جاز أن يختص بمال مخصوص كالزكاة ولا يقال بموجبه في الإبل، لأنه لا يلتقط فليس من جملة ما عللنا له.

١٣٢١ - مسألة: لا يقف تملك اللقطة على اختياره بل يحصل بمضي الحول والتعريف^(٢)، واختلف أصحاب الشافعي؛ فالصحيح عندهم أنها لا تملك إلا باختياره^(٣)، ثم اختلف بماذا يملكها؟ فمنهم من قال بالنية والقول والتصرف،

(١) جاء في المستوعب: ٤٣٦/٢: (وإن كانت حلياً أو عروضاً غير الحيوان لم يملكها على ظاهر المذهب...).

(٢) جاء في المغني: ٣٠٠/٨: (وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكماً كالمراث، هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله: (ولا كانت كسائر أمواله)، وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة: (إذا جاء صاحبها وإلا كانت كسائر ماله)، واختار أبو الخطاب: (أنها لا تدخل في ملكه حتى يختار). واختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من قال كقولنا، ومنهم من قال: يملكها بالنية، ومنهم من قال: يملكها بقوله: أخذت تملكها).

(٣) جاء في الحاوي: ٤٤٣/٩: (فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول.. فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالاً؟.. على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه يصير مالاً لها بمضي الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه، وهذا قول أبي حفص بن الوكيل، لأنه كسب على غير بدل.

والوجه الثاني: أنه يملكها بعد مضي الحول باختيار التملك، فإن لم يختار التملك لم يملك، وهذا قول أبي إسحاق المروزي، لأن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»، فرد أمرها إلى اختياره.

والوجه الثالث: أنه لا يملكها بعد مضي الحول إلا بالاختيار والتصرف، وهو ما لم يتصرف غير مالك، لأن التصرف منه كالقبض.

ومنهم من قال بالنية والتصرف، ومنهم من قال بالنية فقط. دليلنا: ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك»^(١)، ولم يعتبر هذه الأشياء، ولأنه مال أبيع له تناوله بغير إذن مالكة فلا يقف تملكه على نية وتصرف وقول كالركاز، ولأنه مال يعتبر فيه الحول أشبه الزكاة.

فصل: فإن جاء مالها وقد تصرف فيها بعد الحول فعليه الضمان، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود. دليلنا: ما روى عن عليّ: «أنه وجد ديناراً فأمره النبي ﷺ أن يعرفه فلم يعرف، فأمره أن يأكله، ثم جاء صاحبه فأمره بالغرم»^(٢)، ولأنه مال من له حرمة فلا يملك عليه بغير اختياره وبغير عوض كالمأخوذ عند الضرورة.

١٣٢٢ - مسألة: إذا ضاعت اللقطة ولم يكن أشهد عليها فلا ضمان عليه^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه مال لا يضمنه إذا أشهد، فلا يضمنه إذا لم يشهد كسائر الأمانات.

١٣٢٣ - مسألة: إذا رد اللقطة إلى الموضع الذي أخذها فعليه الضمان^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن أخذها بنية أن يردها على صاحبها إن وجده ثم ردها فلا ضمان عليه، وهكذا عنده إذا أخذ دراهماً من كم نائم، أو خاتماً من يده ثم رده في تلك النوم فلا ضمان عليه. دليلنا: أنه قد وجب عليه حفظها فلا يسقط الضمان ردها، كما لو أخذها بنية أن لا يردها وكسائر المغصوب.

(١) أخرجه النسائي في سننه: [٢٤٩٤] ٤٤/٥، كتاب الزكاة، باب المعدن.

وأخرجه الدارمي في سننه: [٢٥٩٥] ١٨٢/٢، كتاب البيوع، باب اللقطة.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٨٧/٦.

(٣) انظر المستوعب: ٤٣٦/٢.

(٤) جاء في الممتع: ٨٠/٤: (ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها ضمنها، لأنها أمانة حصلت في يده فلزمه حفظها كالوديعة .. وإذا ردها فقد ضيعها).

١٣٢ - مسألة : الأفضل في اللقطة الترك^(١)، وعن الشافعي قولان: أحدهما كقولنا، والثاني: يجب الأخذ^(٢). دليلنا: أنه إنما يأخذها ليحفظها على صاحبها، وهذا لا يلزم كالمودع والموصى إليه.

فصل : والدلالة على أنه لا يستحب الأخذ ما روي عن ابن عمر وابن عباس: «أنهما منعنا من أخذها»^(٣)، فلو كان الأفضل ذلك ما منعنا منه، ولأنه مال للغير لم يؤذن في أخذه فكان الأفضل تركه . دليله: ما استقل من الضوال بنفسه، وكما لو كان في موضع لا يخشى هلاكه، ولأنه اللقطة جعل له حالة تباح له فيها أخذها، فإذا أخذها لم يأمن أن تتوق نفسه إليها قبل ذلك فيفطر فيها، فلهذا منعناه، ولهذا المعنى منعنا من التقدم في الإحرام بالحج مخافة أن يواقع المحذور، كذلك هاهنا، ويفارق هذا أخذ الوديعة أنه أفضل، لأنه لم يجعل له حالة يجوز الأخذ فيها فلا تتوق نفسه إليها.

١٣٢ - مسألة : ما استقل من الضوال بنفسه كالبقرة، والبعير، والحصار، والبغل،

(١) جاء في المغني: ٢٩١/٨ : (قال إمامنا: الأفضل ترك الالتقاط) ، وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر .. واختار أبو الخطاب أنه إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه علمها فالأفضل أخذها).

(٢) جاء في الحاوي: ٤٣٥/٩ : (قال المزني: قال الشافعي: ولا أحب لأحد ترك لقطة وجدها إذا كان أميناً عليها)، قال الماوردي: وهذا صحيح.

وجاء في الأم: ١٣٥/٨ : (ولا أحب لأحد ترك لقطة وجدها إذا كان أميناً عليها فعرّفها سنة على أبواب المساجد، وعلى كل فالمسألة عند الشافعية على قولين: أحدهما: استحباب أخذها وليس بواجب.

والثاني: أن أخذها واجب وتركها مأم.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٩٢/٦.

لا يجوز التقاطه، فإن أخذه ضمنه^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، خلافاً لأبي حنيفة^(٣) في قوله : يجوز التقاطه. دليلنا: ما تقدم من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص في أول الكتاب، وروى ابن بطة بإسناده عن عقبة بن سويد عن أبيه : سألت رسول الله ﷺ عن الشاة فقال : «هي لك أو لأخيك أو للذئب، ثم سألته عن البعير فغضب، وكان إذا غضب عرف ذلك باحمرار وجهته أو وجهه، ثم قال : مالك وله، معه سقاؤه وحذاؤه ووعاؤه ترد الماء وتصدر الكلاً، خل سبيله حتى يلقاه ربه، وسألته عن اللقطة فقال: عرفها سنة، فإن جاء صاحبها فردها إليه وإلا فشأنك بها»^(٤)، وروي عن النبي ﷺ أنه قال : «ضالة المؤمن حرق النار»^(٥)، وفي لفظ آخر : «لا يأوي الضالة إلا ضال»^(٦)، وأيضاً فإن الأصل في أموال الناس الحظر، وإنما أبيع ما لا يستقل بنفسه حفظاً على صاحبها، وهذا معدوم هاهنا، وهذه العلة التي نبه عليها صاحب الشريعة.

- (١) جاء في المغني: ٣٤٢/٨ : (وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء لا يجوز التقاطه، ولا التعرض له، سواء كان لكبر جثته، كالإبل والخيل والبقر، أو لصغيرانه كالطيور كئها، أو لسرعته كالظباء. قال عمر: من أخذ ضالة فهو ضال، أي مخطئ...)، وفي ص ٣٤٥ : (فإن أخذ هذا الحيوان الذي لا يجوز أخذه على سبيل الالتقاط ضمنه إما ما كان أو غيره، لأنه ملك غيره بغير إذنه، ولا إذن الشارع له فهو كالغاصب).
- (٢) جاء في الحاوي: ٤٢٨/٨ وما بعدها: (ضوال الحيوان إن وجدت في الصحراء .. فإن كانت مما تصل إلى الماء والرعي ويدفع عن نفسه صغار السباع فهذا النوع لا يجوز لواحد أن يتعرض له ، فإن أخذه فعليه الضمان).
- (٣) جاء في مختصر الطحاوي: ص ١٤٠ : (ومن وجد بعيراً ضالاً كان الأفضل له أخذه وتعريفه وأن لا يتركه فيكون ذلك سبباً لضيعه، وفي الخبر : (مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها) ..
- (٤) أخرجه البخاري في صحيحه: [٢٢٩٦] ٨٥٦/٢، كتاب في اللقطة، باب ضالة الغنم. وأخرجه مسلم في صحيحه: [١٧٢٢] ١٣٤٩/٣، كتاب اللقطة.
- (٥) أخرجه الترمذي في باب ما جاء في النهي عن الشرب قائماً، من أبواب الأشربة عارضة الأحوذ: ٧٤/٨، وأخرجه ابن ماجه في باب ضالة الإبل: ٨٣٦/٢، وأخرجه الدارمي في باب الضالة: ٢٦٦/٢. وأخرجه أحمد في المسند: ٢٥/٤، ٨٠/٥.
- (٦) أخرجه أبو داود في سننه: [١٧٢٠] ١٣٩/٢، كتاب اللقطة، وأخرجه ابن ماجه في سننه: [٢٥٠٣] ٨٣٦/٢، كتاب اللقطة، وأخرجه أحمد في مسنده: [١٩١٦٩] ٣٦٢/٤.

فصل: ويجوز التقاط ضالة الغنم، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروایتين^(١)، وجه الأولى: ما تقدم من الحديث، لأن تركها يفضي إلى هلاكها فهي كالأثمان.

فصل: فإن قلنا: يجوز أخذها وهو الصحيح، وهو اختيار الخراقي، فإنها لا تملك قبل الحول رواية واحدة، وبعده روايتين. وهذه الروایتين تختص الغنم دون جميع الأشياء التي سمينها ماعدا الدراهم والدنانير، وقال أبو حنيفة والشافعي: يملكها بعد الحول، والتعريف، وقال مالك وداود: إذا أخذها من فلاة أو مغارة ملكها في الحال وانتفع بها، والدلالة على أنها لا تملك: فقد مضى في أول الكتاب اللقطة فيما عدا الأثمان، وإما عدم التملك قبل الحول فالدلالة عليه أنها لقطة لا يجوز تملكها إذا كانت مقارنة للمصر فلا يجوز وإن بعدت كالأثمان.

١٣٢٦ - مسألة: يجوز للعبد أخذ اللقطة بغير إذن سيده^(٢)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٣). دليلنا: أنه يقبل الوديعة بغير إذن فهو كالحر، ولأن تخليص مال الغير من الهلاك أشبه إذا رآه يغرق أو يُغصب.

(١) جاء في الكافي: ٣٥٧/٢ وما بعدها: (النوع الثاني ما لا يحفظ عن صغار السباع كالشاة وصغار الإبل والبقر ونحوها، فعن أحمد لا يجوز التقاطها لقول النبي ﷺ: «لا يأوي الضالة إلا ضال»، رواه أبو داود. ولأنه حيوان أشبه الإبل، والمذهب جواز التقاطها، لأن النبي ﷺ سئل عن الشاة فقال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»، متفق عليه.

(٢) جاء في الإنصاف: ٤٢٦/٦: (للعبد أن يلتقط وأن يعرفها مطلقاً على الصحيح من المذهب، قال في الرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع: له ذلك في الأصح. وجزم به في المغني والكافي والشرح... وقيل: ليس له ذلك بغير إذن سيده، اختاره أبو بكر، وهو رواية ذكرها الزركشي وغيره).

(٣) جاء في الحاوي: ٤٤٦/٦: (قال الماوردي: وصورتها: في عبد أخذ لقطة فلا يخلو حاله في أخذها من أحد أمرين؛ إما أن يأخذها لسيده، أو لنفسه:

أ - فإن أخذها لسيده جاز ولم يتعلق بأخذها لها ضمان، لأنه مكتسب لسيده، ويده يد سيده وعليه أن يعلم بها سيده ليضمها إليه، فإذا علم بها أخذها السيد من يده وعرفها حولاً.
ب - أما إذا أخذها العبد لنفسه لا لسيده ففيه قولان؛ أحدهما: أن ذلك جائز له، والثاني: لا يجوز، لأن في أخذ اللقطة ولاية، والعبد لا ولاية له.

١٣٢٧ - مسألة : إذا التقط الفاسق لقطة أقرت في يده على قياس قوله في العبد^(١)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليهِ : ينزعها الحاكم من يده ويجعلها في يد أمين، وفي القول الثاني : يجعل معه ثقة يشرف على بقائها ويمنعه من إتلافها. ولا يختلف القول أنه يملكها بعد الحول والتعريف كالعدل سواء.^(٢) دليلنا : أن من خلي بينه وبين الوديعة خُلي بينه وبين اللقطة كالعدل.

١٣٢٨ - مسألة : لقطة الحل والحرم سواء، وبه قال أكثرهم^(٣)، وفيه رواية أخرى : لقطة الحرم لا تملك أبداً ولا تؤخذ إلا للتعريف، وعن الشافعي كالمذهبين. دليلنا : أنه أحد الحرمين أشبه المدينة، ولأنها أمانة فاستوى فيها الحرم وغيره كسائر الأمانات.

١٣٢٩ - مسألة : يجب تعريف ما دون العشرة دراهم^(٤)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا : أنه مما تطلبه النفس وتتبعه الهمة فهو كالعشرة فصاعداً، وعكسه التمرة واللقمة والقطعة.

١٣٣٠ - مسألة : إذا جاء من يصف اللقطة بالعفاص والوكاء والعدد وجب دفعها

(١) جاء في المغني : ٣٣٧/٨ : (ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة، لأنه يعرض نفسه للأمانة وليس هو من أهلها، فإن التقط صح التقاطه، لأنها جهة من جهات الكسب وهو من أهل الكسب، فإن التقطها فعرفها حولاً، ملكها كالعدل، وإن علم الحاكم والسلطان بها أقرها في يده وضم إليه مشرفاً يشرف عليه ويتولى تعريفها).

(٢) جاء في روضة الطالبين : ٣٩٣/٥ : (الفاسق أهل للالتقاط على المذهب .. وهل يقر المال في يده ؟ قولان : أظهرهما : لا، بل ينتزع منه ويوضع عند عدل .. والثاني : نعم، ويضم إليه عدل يشرف عليه .. وعن ابن القطان وجه : لا يضم إليه أحد).

(٣) جاء في المستوعب : ٤٣٩/٢ : (ولا فرق فيما ذكرنا بين لقطة الحل والحرم، وعنه لا يلتقطن الحرم إلا للحفظ على صاحبها، فأما للتملك فلا).

(٤) جاء في المغني : ٢٩٣/٨ : (ما دون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام ...).

إليه بلا بينة^(١)، وبه قال مالك وداود، وقال أكثرهم : لا يجب، لكن يجوز إذا غلب في ظنهم صدقه. دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال : «عرفها سنة فإن جاء أحد يخبرك بعفاسها ووكاها ووزنها، وإلا فاستنفق بها»^(٢)، ومعناه : فادفعها إليه وإلا فاستنفق بها، ورواه ابن القصار المالكي بإسناده : «فإن جاء باغيها ووصف عفاسها وعددها فادفعها إليه»^(٣)، ولأن الدعوى إذا قارنها ظاهر يدل على الصدق حكم به كاليد والنكول واللوث في القسامة، وإذا اختلف الزوجان في قماش البيت، وإذا تداعيا جداراً معقوداً بين أحدهما، ولأن إقامة البينة على الملك متعذر فصار كاتفاق الوصي على اليتيم.

١٣٣١ - مسألة: يستحق الجعل برد الآبق^(٤)، وبه قال أبو حنيفة^(٥)، وقال مالك: يستحقه إن عرف بذلك، وقال الشافعي : لا يستحقه إلا بشرط^(٦). دليلنا: ما

(١) جاء في الكافي: ٣٥٤/٢: (فإن جاء مدعيها، فوصفها بصفاتنا المذكورة لزم دفعها إليه لأمر النبي ﷺ به، ولأنها له لم تدفع بالصفة لتعذر وصول صاحبها إليها لتعذر إقامة البينة). انظر: المغني: ٣٠٩/٨.

العفاص: الوعاء الذي فيه من خزفة أو قرطاس أو غيره.
الوكاء: الخيط الذي يشد به المال في الخزفة.

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٩٥/١، وابن ماجه: ٧٥٧/٢، وأحمد في المسند: ١١٥/٤.

(٣) أخرجه أحمد في المسند: ١٩٣/٥.

(٤) جاء في المستوعب: ٣٤٥/٢: (فلا جعل له إلا في رد الآبق خاصة، فإنه يستحق الجعل

بالشرع وهو بقدر دينار أو اثني عشر درهماً، سواء رده من المصر أو خارج المصر.

(٥) جاء في بدائع الصنائع: ٣٨٧٣/٩: (وأما بيان حكم ما له فهو استحقاق الجعل عندنا استحساناً).

(٦) جاء في الحاوي: ٤٦٢/٩: (قال الماوردي: وهذا كما لو قال من رد آبقاً أو ضالة من أمرين: إما أن يردها بأمر مالِكها أو بغير أمره، فإن رد ذلك بغير أمر المالك فقد كان ضامناً باليد، وسقط عنه الضمان بالرد، ولذا أجره له سواء كان معروفاً بطلب الضوال ومن لا يعرف.. وقال مالك: إن كان معروفاً بطلب الضوال فله أجره المثل في العبد والبهيمة، وإن لم يكن معروفاً فلا شيء له).

روي عن عمرو بن دينار وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ : «أنه جعل في جعل الأبق إذا جاء به خارجاً من الحرم دينار»^(١)، ولأنه إجماع الصحابة، روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود مع اختلافهم في المقدار فعمر وعلي : قالوا دينار أو اثني عشر درهماً، وابن مسعود قال : أربعين درهماً، ولأن الأبق في حكم التالف وما قد زال ملكه عنه، ولهذا لا يجوز بيعه ولا هبته ولا إجارته وحدثت عليه يد لا يتعلق بها الضمان ونريد به أن العبد حصل في يد نفسه، وإذا كان كذلك جاز أن يستحق العوض برده إلى يد مولاه كالعبد إذا وجده صاحبه في الغنيمة قبل القسمة، وكما لو شرط له الجعل.

فصل : ويكون الجعل مقدراً، وقال مالك : أجرة مثله. دليلنا : ما تقدم من الخبر وإجماع الصحابة، ولأنه عوض في مقابلة عمل لم يحكم ببطلان سببه، فكان مقدراً كالأجرة ولا يلزم الأجرة في الإجارة الفاسدة، لأننا حكمنا ببطلان سببها.

فصل : ومقدار الجعل دينار أو اثنا عشر درهماً، وسواء في ذلك المسافة القصيرة أو الطويلة، وخارج المصر وداخله، وفيه رواية أخرى : من خارج المصر أربعون درهماً، ومن داخله عشرة، وقال أبو حنيفة : إن كان من مسافة ثلاثة أيام فأربعين من دون ذلك ينقص بقدر ما يراه الحاكم.^(٢) دليلنا : ما تقدم من حديث ابن أبي مليكة، ولأنه رد أبقاً فلا يستحق بذلك أربعين كما لو جاء به من دون ثلاثة أيام أو كان قيمته بنقص من الأربعين.

فصل : فإن كان الذي رده من ورثة المولى فلم يسلمه إلى مولاه حتى مات فله

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٠٠/٦، كتاب اللقطة، باب الجعالة.

(٢) جاء في مختصر الطحاوي: ص ١٤١ : (ومن وجد عبداً أبقاً خارجاً من المصر على مسيرة ثلاثة أيام فردّه على مولاه استحق عليه جعله أربعين درهماً، فإن كان لا يساويها كان للذي جاء به قيمته إلا درهماً في قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم قال بعد ذلك : له أربعون درهماً).

الجعل، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأبي يوسف. دليلنا: أنها أجرة فلا تسقط بالموت كسائر الأجر.

فصل: فإن جاء به من المصر استحق الجعل^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه حكم يتعلق بالآبق فاستوى فيه داخل المصر وخارجه كمنع التصرف منه، ولأنه جعل يستحقه من خارج مصر فاستحقه من داخله كالمشروط.

١٣٣٢ - مسألة: يثبت الآباق بكتاب القاضي إلى القاضي وصفته: أن يشهد نفسان عند الحاكم أن عبداً لفلان آبق ويصفانه، فيكتب الحاكم إلى حاكم ذلك البلد أنه ثبت عندي إباق عبد لفلان صفته كذا وكذا، وبهذا قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد لا يثبت. دليلنا: أنه مما يكثر ويتكرر فدعت الحاجة إلى ثبوته كالدائيات.

١٣٣٣ - مسألة: ما ينفقه على الآبق في مدة رده يحتسب به على مالكة خلافاً^(٢) لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: أنه إنما استحق الجعل، لأن في رده مصلحة لأنه لا يؤمن أن يرتد ويلحق ببلاد الكفر، فجعل لمن رده العوض حتى لا يزهّد الناس في رده، فلو قلنا أنه لا يستحق النفقة امتنع الناس من رده ولم يرغبوا في ذلك.

(١) جاء في الممتع: ٧٣/٤: (فعلى هذه إن رده داخل المصر فله دينار أو اثني عشر درهماً، أما الأول: فلأنه يروى عن ابن مسعود.

وأما الثاني: فلأن الدينار مقدر في الشرع بذلك في كثير من المواضع، فليكن كذلك هاهنا (٢) جاء في الممتع: ٧٤/٤: (ويأخذ منه ما أنفق عليه في قوته وإن هرب منه في طريقه، فإن مات السيد استحق ذلك في تركته).

أما كون الراد يأخذ ما أنفقه على الآبق في قوته، فلأنه مأذون له في الإنفاق من جهة الشرع لحرمة النفس.. وبهذا فارق من قضى دين غيره بغير إذنه حيث وقع فيه خلاف بخلاف الآبق. (٣) جاء في مجمع الأنهر: ٤٣٤/١: (إذا أنفق عليه بدون إذن الحاكم يكون متبرعاً، فلا يرجع بما أنفق).

كتاب اللقيط^(١)

١٣٣٤ - مسألة: لا يرجح في دعوى اللقيط بذكر الصفات، ويرجع به إلى القافة،^(٢) وبه قال الشافعي،^(٣) وقال أبو حنيفة: يرجح بذكر صفاته.^(٤) دليلنا: أن كل ما لا يرجح به إذا كان المدعى امرأتين، أو كان المدعى ميتاً لم يرجح به دعوى الرجلين ولا إذا كان المدعى حياً كالصفات في دعوى العبيد.

١٣٣٥ - مسألة: إذا أقر اللقيط بعد بلوغه بالرق لرجل بعينه وصدقه قبل على

(١) اللقيط: لغة: فهو فعيل من اللقط وهو اللقاط بمعنى المفعول، وهو الملقوط، وهو الملقى، أو الأخذ والرفع بمعنى الملقوط، وهو المأخوذ والمرفوع عادة، لأنه يؤخذ فيرفع. انظر: لسان العرب: ٣٩٢/٧ مادة (لقط).

وشرعاً: هو الطفل المفقود وهو الملقى.. أو الطفل المأخوذ عادة، فكانت تسميته لقيطاً باسم العاقبة. انظر: بدائع الصنائع: ٣٨٥٩/٨.

أو هو الطفل المنبوذ. انظر: الكافي: ٣٦٣/٢، والمهذب: ٦٥١/٣. فالمنبوذ هو الطفل المطروح المرمي به.. ومنه سمي النبيذ لأنه يطرح في الماء. المجموع: ٥٣٧/١٤.

حكمه: فرض على الكفاية، لأنه إنجاء آدمي من الهلاك كتخليص الغريق.. وجاء في بدائع الصنائع: ٣٨٦١/٨ (والتقاطه أمر مندوب إليه). وجاء في المهذب: ٦٥١/٣، وهو فرض على الكفاية لقوله تعالى ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾.

(٢) القافة: جمع قائف، وهو الذي يعرف الآثار. انظر: لسان العرب: ٢٩٣/٩ مادة (قوف). أما في الإصطلاح: فهو الذي يعرف النسب بفراسته ونظره إلى أعضاء المولود. انظر: القاموس المحيط: ١٩٤/٣، التعريفات: ص ١٧١، وجاء في الكافي: ٣٣٠/٢، والقافة: قوم من العرب عرفت منهم الإصابة في معرفة الأنساب.

(٣) جاء في التوضيح: ٨١٧/٢: (وإن ادعاه اثنان فأكثر ولأحدهم بينة، قدم - (لأن البينة لقطع الخصومة وتظهر صاحب الحق من غيره) - وإن تساوا في بينة أو عدمها عرض على قافة.. فإن ألحقته بواحد أو بهما لحق). انظر: المهذب: ٦٥٦/٣ وما بعدها.

(٤) جاء في مختصر الطحاوي: ص ٣٥٨ (ولا يفضي بقول القافة في نسب ولا في غيره). وانظر "مبسوط: ٧٠/١٧.

نفسه في إثبات الرق ولم يبطل العقود^(١)، وبه قال أبو حنيفة والشافعي^(٢) في أحد القولين، وقال في الثاني: يقبل في الأمرين. دليلنا: أنه أقر بما يتضمن إسقاط حقه وحق غيره، فهو كما لو قال المشتري للعبد كان سيده أعتقه وأنكر البائع، وكما لو أقر ببيع شقص وأنكر المشتري الشراء، فإن هناك يتبع بعض، كذلك هاهنا، وأيضاً فإنه أقر بإبطال ما حكم بصحته في الظاهر، فأشبهه البائع إذا ادعى شرطاً يفسد البيع.

١٣٣٦ - مسألة: يصح الإقرار بنسب اللقيط^(٣) وإن كان ميتاً، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها إحدى حالتيه أشبه حالة الحياة.

١٣٣٧ - مسألة: تصح دعوى المرأة لنسب اللقيط إلا أنه إن كان لها زوج لم يخلق به، وفيه رواية أخرى: لا تصح إلا أن يكون لها زوج^(٥)، وقال أبو حنيفة:

(١) جاء في الممتع: ١٠٨/٤: (وإن أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل .. وعنه يقبل، وقال القاضي: يقبل فيما عليه رواية واحدة .. وهل يقبل في غيره على روايتين).

أما كون اللقيط لا يقبل إقراره بالرق بعد البلوغ من غير تفصيل على المذهب، فلأنه يبطل حق الله تعالى من الحرية المحكوم بها .. وأما كونه يقبل على رواية، فلأنه مجهول الحال).

(٢) جاء في الحاوي: ٥٠٩/٩ قال المزني: قال الشافعي: (وإذا بلغ اللقيط فاشترى وباع ونكح وتصدق، ثم أقر بالرق لرجل، ألزمته ما يلزمه قبل إقراره، وفي إلزامه الرق قولان).

(٣) جاء في الكافي: ٣٦٧/٢: (وإن ادعى نسبه رجل، لحق به، لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على أحمد، فقبل كما لو أقر له بمال، ويأخذه من الملتقط إن كان من أهل الكفالة، لأن الوالد أحق بكفالة ولده، وإن كان كافراً لا يتبعه في الدين، لأنه محكوم بإسلامه بالدار).

(٤) جاء في المهذب: ٦٥٩/٣: (وإذا ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه في الإسلام، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد).

(٥) جاء في الممتع: ١١١/٤: (وأما كونه لا يلحق بامرأة ذات زوج على رواية، فلأن في لحوق النسب بها وهي ذات زوج إلحاق للنسب بزوجها وذلك غير جائز).

وجاء في المغني: ٣٦٨/٨: (وإذا كان المدعى امرأة، فاختلف عن أحمد، فروى أن دعواها تقبل، ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين، ولأنه يمكن أن يكون منها، لأنها تأتي به من زوج، ووطء بشبهة، ويلحقها ولدها من الزنى).

والرواية الثانية: إذا كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها، لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه، وإن لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم الضرر.

والرواية الثالثة: لا تقبل إلا بينة

لا تصح أصلاً. وعن أصحاب الشافعي^(١) كالمذاهب الثلاثة. دليلنا: أن من صح إقراره بالوالد صح بالولد كالرجل يبين هذا أن الوالد لا يتحقق كون الولد منه، والوالدة بخلافه.

١٣٣٨ - مسألة: إذا جنى على اللقيط فيما دون النفس لم يملك الإمام الاستيفاء^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأبي حنيفة في إحدى الروايتين. دليلنا: أنه قصاص يثبت لمعين لم يتحتم استيفاؤه، فلا يملك الغير المطالبة به، كما لو كان لبالغ.

١٣٣٩ - مسألة: إذا وجد لقيط في دار الإسلام فهو مسلم، فإن امتنع بعد بلوغه من الإسلام أجبر عليه، ولم يقبل منه إلا الإسلام أو القتل^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه لا نقتله عند الامتناع، وقال الشافعي: يزجر عن الكفر، فإن أقام عليه أخذ منه الجزية إن كان مما يقر عليه بجزية، وإلا ألحق بدار الحرب. دليلنا: أنه محكوم بإسلامه في غسله، والصلاة عليه، ودفنه، وختانه، وفطرته، فهو كمن حكم بإسلامه بأخذ أبويه أو بالسأبي.

١٣٤٠ - مسألة: إذا ادعى الكافر نسب لقيط ألحقناه به نسباً لا ديناً^(٥)، وقال الشافعي في أحد قولي: نسباً وديناً. دليلنا: أنه محكوم بإسلامه بالدار فلا ننقله بقول كافر كما لو شهد عليه بالكفر.

(١) جاء في المذهب: ٦٦٠/٣: (وإن ادعت امرأة نسب ففيه ثلاثة أوجه: يقبل... لا يقبل... إن كانت فراشاً لرجل لم يقبل).

(٢) انظر: المستوعب: ٤٥٠/٢ وما بعدها، والمغني: ٣٧٠/٨.

(٣) حلية العلماء: ٧٦٠/٢.

(٤) جاء في الكافي: ٣٧٠/٢ ما ملخصه: ومن حكمنا بإسلامه للدار وهو اللقيط، فإن كفر بعد بلوغه فهو مرتد يستتاب ثلاثاً، فإن تاب وإلا قتل لأنه محكوم بإسلامه ظاهراً... وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره.

(٥) المغني: ٣٧١/٨ وما بعدها.

١٣٤١ - مسألة: يحكم بإسلام الولد الصغير بإسلام الأم ويتبعها كما يتبع الأب^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك^(٢). دليلنا: قوله ﷺ: «فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»^(٣)، ولأن كل من تبعه في الإسلام في حالة الإتصال تبعه في الانفصال كالأب.

١٣٤٢ - مسألة: يصح إسلام الصبي وردته^(٤)، وبه قال أبو حنيفة ومالك في الصحيح من روايته، وقال الشافعي: لا تصح منه هذه الأشياء، وعن أحمد نحوه. دليلنا: ما روى أحمد بإسناده عن جابر أن النبي ﷺ قال: «كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه، فإما شاكراً وإما كفوراً»^(٥)، ولأنه يصح منه العبادات أو يعقل الإيمان أشبه البالغ.

-
- (١) جاء في المستوعب: ٤٤٦/٢: (والإسلام يتبع فيه أحدهما: أما كان المسلم أو أباً).
 (٢) جاء في بداية المجتهد: ١١٥/٤: (وأما أحكام اللقيط، فإنه يحكم له بحكم الإسلام: إذا التقطه في دار الإسلام... يحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك... وعند الشافعي يحكم من أسلم منهما، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك...).
 (٣) أخرجه البخاري: ٤٥٦/١، ومسلم: ٢٠٤٧/٤.
 (٤) انظر: المستوعب: ٤٥٠/٢.
 (٥) أخرجه أحمد في مسنده: ٣٥٣/٣.

كتاب الوصايا^(١)

١٣٤٣ - مسألة : لا تجب الوصية للأقربين ولكن تستحب، وبه قال أكثرهم، وقال داود : تجب لمن لا يرث من الأقربين،^(٢) وهو اختيار أبي بكر من أصحابنا .

(١) الوصايا: جمع وصية، وتطلق على فعل الموصي، وكل ما يوصى به من مال أو غيره من عهد ونحوه.

وفي الشرع: اختلف الفقهاء في تعريفها على النحو الآتي:

- أ - عرفها الحنابلة: بأنها التبرع بالمال بعد الموت.
 - ب - عرفها الحنفية: بأنها تصرف الإنسان في بعض أمواله بعد موته.
 - ج - عرفها المالكية: بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته.
 - د - عرفها الشافعية: بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت.
- انظر: المغني: ٣٨٩/٨، والكافي: ٤٧٤/٢، وتبيين الحقائق: ١٨٢/٦، وحاشية الدسوقي: ٤٢٢/٤، ومغني المحتاج: ٣٩/٣.

ونستطيع أن نستخلص من هذه التعريفات تعريفاً فنقول: بأنها عقد مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع. ومن ثم فإنها تتألف من العناصر الآتية:

- أ - أنها تفيد الملك. ب - أن الشيء الموصى به لا ينتقل إلى الموصى له إلا بوفاء الموصي.
- ج - أن الموصي لا يأخذ مقابلاً دينياً.

والوصية مشروعة بقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ أَنْ تَرِثَ خَيْرِ الْوَصِيَّةِ ﴾ وقوله: ﴿ مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يَوْصِي بِهَا أَوْ دِينَ ﴾. وقول الرسول ﷺ: « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ». متفق عليه .

(٢) لقد اتفق الفقهاء على أن الموصي إذا أوصى لشخص غير وارث سواء أكان قريباً أم أجنبياً، فإنه وصيته تكون صحيحة متى استوفت الشروط .. ولكنهم اختلفوا إذا أوصى لوارث على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصية للوارث صحيحة لكنها لا تكون نافذة إلا بإجازة باقي الورثة لها، ذهب إلى ذلك الأحناف، وهو الظاهر من مذهب الشافعية والحنابلة.. جاء في شرح الزيلعي على الكنز: ١٨٢/٦ وما بعدها: (ولا تصح - أي الوصية - بما زاد على الثلث، ولا لقاتله ووارثه إن لم تجز الورثة، لأن الامتناع في الكل لحقهم، فتجوز بإجازتهم) راجع نهاية المحتاج: ٤٨/٦، والمغني لابن قدامة: ٣٩٦/٨.

القول الثاني: أن الوصية للوارث غير صحيحة مطلقاً، ذهب إلى ذلك أكثر المالكية وفريق من الشافعية والحنابلة. انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٢٧/٤، حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٤٦٧/٢.

القول الثالث: أن الوصية للوارث صحيحة نافذة، وهذا عند بعض الزيدية. انظر: المختصر النافع: ص ١٦٣.

فصل : إذا أوصى لرجل بجميع ماله، ولآخر بثلته، قسم بينهما على أربعة: لصاحب الكل ثلاثة، ولصاحب الثلث سهم، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة:

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ٤٩٣٥/١٠: (فإن أوصى لرجل بثلث ماله، وللآخر بالنصف، فإن لم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول أبي حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة، وعند أبي يوسف، ومحمد على خمسة؛ لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان).

يقسم من ستة : لصاحب الجميع خمسة، ولصاحب الثلث واحد، وهكذا الخلاف إذا أوصى بكل ماله ولآخر بنصفه قسم على ثلاثة : لصاحب الكل سهمان، وللآخر سهم، وعنده على أربعة : لصاحب الكل ثلاثة وللآخر سهم. دليلنا : ما تقدم من القياس على المواريث.

فصل : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد، فهو بينهما نصفان^(١)، أومى إليه الخرقى، وبه قال أكثرهم، وقال مالك^(٢) : يكون وصية بالجميع. دليلنا : أنه إذا قال بمثل نصيب ابني فقد أثبت لابنه نصيباً وجعله أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له، فلو قلنا : يكون وصية بالكل، لم يبق للابن نصيب يحمل عليه نصيب الموصى له، واللفظ يقتضي اشتراكهما فهو كقوله : لزيد في هذه الدار مثل ما لعمر.

فصل : ولا فرق بين قوله بنصيب ابني أو بمثله، وبه قال مالك، وقال الشافعي : إذا قال بنصيب ابني بطلت الوصية. دليلنا : أن نصيب الابن جميع المال إذا لم يوصي الأب، فإذا أوصى به فنصيب الابن الثلثين، والباقي للأب، فإذا جاز الابن نصيبه نفذ ولم يمنع منه، فلا وجه لإبطال الوصية.

(١) جاء في الكافي : ٤٩٧/٢ : (وإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطي مثل ما لأقلهم نصيباً، لأنه اليقين، يزداد ذلك على مسألة الورثة، فإن كان له ابن فله المصنف، لأنه سوى بينهما ولا تحصل التسوية إلا بذلك. وجاء في المغني : ٤٢٧/٨ : (فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال).

(٢) جاء في الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤٤٦/٤ : (وإن أوصى لشخص بنصيب ابنه أو مثله أي مثل نصيب ابنه، فالجميع .. أي فيأخذ الموصى له نصيب ابنه وهو جميع المال إن انفرد الابن أي وأجاز الوصية .. أو الباقي بعد ذوي الفروض أو نصف المال، أو نصف الباقي إن كان الابن اثنين).

١٣٤٠ - مسألة: يصح التزويج^(١) في مرض الموت ، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لمالك. دليلنا: ما روي «أن ابن الزبير دخل على قدامة بن مظعون يعبده، فبشر ببنت، فقال له : زوجني بها، فقال : ما تصنع بها في هذه الحالة. فقال : إن عشت فابنة الزبير، وإن مت فهي أحق من أخذت تراثي، وشاع ذلك في الصحابة»^(٣)، ولأنه عقد معاوضة أشبه سائر المعاوضات، ولأنه يتوصل به إلى الوطاء أشبه شراء الأمة.

١٣٤٦ - مسألة: إذا أوصى لقربة فلان فهي لقربته من جهة أبيه دون أمه^(٤) ويكون المستحق أولاد أربعة آباء، وعنه في رواية الأثرم ثلاثة آباء ويستوي فيه الأقرب والأبعد ويدخل الوالد والولد، وقد روى عنه : يعتبر من كان فلان يصله في حال حياته من الجهتين فيدخلون في الوصية، وقال أبو حنيفة: ^(٥) الوصية

(١) جاء في المغني: ٤٧٨/٨: (وإن قال تزوجت فعبدي حر، فتزوج في مرضه بأكثر من مهر المثل فالزيادة محابة معتبرة من الثلث).

وجاء في المستوعب: ٥١٦/٢: (وإذا تزوج في مرض موته امرأة بأكثر من مهر مثلها صح نكاحه، واستحقت قدر مهر مثلها من صلب المال).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٧٩٧/٢: (وإذا تزوجت المريضة صح نكاحها وتعلق به الورث).

وقال مالك: (نكاح المريضة لا يصح، ولا يورث به، ولا يستحق به الصدقة إلا أن يكون قد دخل بها، فيلزمه مهر المثل من الثلث .. وكذلك حكم نكاح المريض).

وقال ابن أبي ليلى: (النكاح جائز في المرض والميراث من الثلث).

وقال الزهري: (النكاح جائز ولا ميراث).

وقال الحسن البصري: (أنه إذا ظهر منه قصد الإضرار بالنكاح لم يجز، وإن ظهر منه الحاجة دون الإضرار جاز).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده: ١٣٠/٢، والدارقطني في سننه: ٢٣٠/٣.

(٤) جاء في المغني: ٥٢٩/٨: (وجملته أن الرجل إذا أوصى لقربته، أو لقربة فلان، كانت الوصية لأولاده ولأولاد أبيه وأولاد جده، وأولاد جد أبيه، ويستوي فيه الذكر والأنثى، ولا يعطى من هو أبعد منهم شيئاً).

(٥) جاء في حاشية رد المحتار: ٦٨٥/٦ وما بعدها: (وإن أوصى لأقاربه أو لذوي قربته فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان).

لذي الرحم المحرم من النسب ونخص بالأقرب فالأقرب ولا يدخل الوالد والولد، ووافقه أصحابه في الرحم المحرم، وخالفاه في الأقرب فالأقرب، فقالوا: يدخل في الوصية كل من يجمعه وإياه أب في الإسلام، ومعنى قولهما أقصى أب في الإسلام أدرك الإسلام وإن لم يدخل فيه، وقال الشافعي^(١): يعتبر أقرباء الذين ينتسبون إلى الأقرب المعروف مثل أن يقول لقربة فلان وهو من ولد المأمون، فيدخل في الوصية من انتسب إلى المأمون دون غيرهم. دليلنا أنه مال مستحق باسم القرابة فلا يزيد على أربعة آباء، أو فلا يستحق فيه قرابة الأم كسهم ذوي القربى، وقد دل على الأصل أن النبي ﷺ لم يجاز له بني عبد مناف ولا أعطى قرابة أمه مع وجودهم. والدلالة على أنه يدخل فيه الوالد والولد أن من دخل في سهم ذوي القربى دخل في الوصية بإسم القرابة كالأخ، ولأنه لو وصى لأقرب قرابته، أو لألصق أولاده دخل فيه الوالد والولد كذلك القرابة، يبين هذا أن من دخل في اسم أشجع دخل في اسم شجاع، وكذلك في اسم الأعم والأفقه والأفقر دخل في إسم العالم والفقير، وقد منع بعضهم هذا.

فصل: ولا يدخل قرابته الكفار، وكذلك إذا وصى لأهل قربة فيهم كفار لم يدخلوا إلا أن يسميهم^(٢)، وقال الشافعي: يدخلون. دليلنا: أن الإيجاب من

(١) جاء في حلية العلماء: ٧٩٤/٢: (وإن أوصى لأقاربه صرف إلى من يعرف بقرابته الخاصة). وقال أبو حنيفة: قرابة كل ذي رحم محرم منه.

وقال مالك: هم كل من جاز أن يرث دون من لا يرث من ذوي الأرحام.

وقال أبو يوسف ومحمد: كل من جمعه وإياهم أول أب في الإسلام.

ولا فرق بين القريب والبعيد من أقاربه، وقال أبو حنيفة: يعدم الأقرب.

(٢) جاء في المغني: ٥١٤/٨: (يعني أن المسلم لو أوصى لأهل قربته أو لقربته بلفظ عام

يدخل فيه مسلمون وكفار، فهي للمسلمين خاصة، ولا شيء للكفار، وقال الشافعي: يدخل

فيه الكفار، لأن اللفظ يتناولهم بعمومه، ولأن الكافر لو أوصى لأهل قربته أو قرابته دخل

المسلم والكافر، فكذاك المسلم... ولنا أن الله تعالى قال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر

مثل حظ الأنثيين﴾ فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً).

جهتنا محمول على الإيجاب من جهة صاحب الشريعة، ولهذا تحمل النذور على أصلها في الفروض، ثم الإيجاب من جهة الشريعة يتناول المسلمين كذلك هاهنا، وزيد به في الزكاة.

١٣٤٧ - مسألة: إذا وصى لجواره فحد الجوار أربعين داراً من كل جانب، وهو المنصوص^(١) وبه قال الشافعي. وقال أبو بكر في التنبيه قد قيل مستدار أربعين داراً وقال أبو حنيفة^(٢): هو الملاصق. دليلنا: قوله تعالى ﴿وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجَنْبِ﴾^(٣) والجنب هو البعيد، والقربى الملاصق، وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «حق الجوار أربعون جاراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقدماً وخلفاً»^(٤).

١٣٤٨ - مسألة: لا يملك الورثة خلع الوصية إذا احتملها الثلث، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك في قوله: إذا عين ثلث ماله ووصى به كان له ثلث جميع المال شائعاً، وعندنا له المعين إلا أننا نسلم إليه الموجود، وكلما أحضر شيء من ماله الغائب دفع إليه من الحاضر بحسابه. دليلنا: قوله ﷺ: «إِنْ اللَّهُ أَعْطَاكُمْ

(١) جاء في المستع: ٢٢٩/٤. (وإن وصى لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب، وقال أبو بكر: مستدار أربعين داراً). وأما كون الوصية لجيرانه يتناول أربعين داراً من كل جانب على المذهب، فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا». وأما كون ذلك مستدار أربعين داراً على قول أبي بكر، فلأن أولئك أقرب ممن ذكر، والأول أولى. انظر: المغني: ٥٣٧/٨.

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٨٨٤/١٠ قال في الإملاء: (قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - إذا أوصى فقال ثلث مالي لجيراني فهو لجيرانه الملاصقين لداره من السكان عبيداً كانوا أو أحراراً، نساء كانوا أو رجالاً ذمة أو مسلمين بالسوية، قربت الأبواب أو بعدت إذا كانوا ملاصقين للدار، وعندهما الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم أبو حنيفة ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجداً أو جماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه في كلام الناس).

(٣) سورة النساء: الآية رقم: ٣٦.

(٤) أخرجه أبو يعنى في مسنده: ٣٨٥/١٠.

ثلث أموالكم زيادة في حسناتكم»^(١) وهذا المعين ثلث ماله فيجب أن تصح الوصية به، ولأن من نفذت وصيته بالثلث مشاعاً نفذت به ميعناً كما لو كان جميعه حاضراً.

١٣٤٩ - مسألة: إذا وصى بثلث ماله لزيد ثم وصى به لعمر^(٢) ولم يصرح بالرجوع، فهو بينهما بالسوية، وكذلك لو وصى بشيء معيناً، وبه قال أكثرهم،^(٣) وقال داود: هو للثاني منهما. دليلنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٤) والأول قد وصى له فلا يجوز تبديله، ولأن الوصية إنما تلزم بعد الموت، وهما بعد الموت سواء لا مزية لأحدهما على الآخر.

١٣٥٠ - مسألة: إذا أعتق ثم اعتق ثم وهب وعجز الثلث عنهما بدء بالأول^(٥)، وبه قال الشافعي^(٦)، وقال أبو حنيفة: يتحصان [.....]^(٧). دليلنا: أنهما

(١) انظر: ابن ماجه، باب الوصية بالثلث من كتاب الوصايا: ٩٠٤/٢، وأحمد في مسنده: ٤٤٠/٦.

(٢) جاء في المستوعب: ٥٦٣/٢: (فإن أوصى بمعين من ماله، أو بثلث ماله لإنسان، ثم أوصى به لآخر وهو بينهما إلا أن يقول: ما أوصيت به لفلان فقد جعلته لفلان).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ٤٩٤٢/١٠: (ولو أوصى بشيء لإنسان ثم أوصى به لآخر، فجعله الكلام فيه أنه إذا تاد عند الوصية الثانية الوصية الأولى، والموصى له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعاً وكان إشراكاً في الوصية). وبيان هذه الجملة: إذا قال أوصيت بثلث مالي لفلان، ثم قال: أوصيت بثلث مالي لفلان آخر ممن تجوز له الوصية، فالثلث بينهما نصفان، وكذا لو قال: أوصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث، ثم قال: أوصيت به لفلان آخر ممن تجوز له الوصية كان العبد بينهما نصفين).

(٤) سورة البقرة: الآية رقم: ١٨١.

(٥) جاء في الكافي: ٤٨٨/٢: (وإن عجز الثلث عن التبرعات، قدمت العطايا على الوصايا، لأنها أسبق، فإن عجز الثلث عن العطايا، بدئ بالأول فالأول عتقاً، لأن السابق استحق الثلث فلم يسقط بما يده وعنه أن العتق يقدم لأنه أكد ...).

(٦) جاء في حلية العلماء: ٨٠١/٢: (إذا وجد منه في مرضه عطيتان منجزتان من جنس واحد بأن وهب وأقبض، ثم وهب وأقبض، أو أعتق ثم أعتق، وضاق الثلث عنهما قدم الأسبق. وقال أبو حنيفة: يسوى بينهما).

(٧) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

عطيتان منجزتان لو انفردت كل واحدة منهما لصحت، فإذا اجتمعتا وضاق
الثالث عنهما قدم الأولى كما لو حابا ثم اعتق، وفيه احتراز من الوصيتين، من
الصحيحة والفاسدة.

فصل: فإن اعتق ثم حابا، فاعتق أولى^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة:
يتحاصن أيضاً^(٢) دليلنا: ما تقدم، ويكون أصله هم الأصل في التي قبلها.

فصل: فإن وهب ثم وصى، أو وصى ثم مات، قدم الهبة والمحاباة^(٣) على
الوصية، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة: يتحاصن. دليلنا: أن الهبة
والمحاباة منجز، والوصية غير منجزة، فوجب أن يقدم المنجز كما لو اعتق ثم
وصى بعتق.

١٣٥١ - مسألة: جميع عطايا المريض من الثلث^(٥)، وبه قال أكثرهم، وقال داود:

(١) جاء في المغني: ٤٨٨/٨: (وإذا تبرع المريض، أو أعتق، ثم أقر بدين، لم يبطل تبرعه نص
عليه أحمد... ومن أعتق عبده في مرضه، ثم أقر بدين.. عتق العبد ولم يرد إلى العتق، لأن
الحق ثبت بالتبرع في الظاهر، فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره).

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ١٦/٥: (قال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا حابى في
البيع في مرضه ثم أعتق بدأ بالمحاباة - ثم العتق .. وإن أعتق ثم حابى تحاصن... وقال
أبيوسف: أبدأ في ذلك كله بالعتق، وقال زفر: إذا أعتق ثم حابى بدأ بالعتق).

(٣) المحاباة لغة: تعني المسامحة، يقال: حاباه محاباة أي سامحه.
وفي الاصطلاح: تبرع في ضمن معاوضة.. وعرفها البعض بأنها إخراج ماله عن ملكه بأقل من
عوضه كالبيع بأقل من القيمة الحقيقية.

انظر: المصباح المنير: ١٢٠/١، وتحريم ألفاظ التنبيه: ص ٢٤١.

(٤) جاء في روضة الطالبين: ١٣٥/٦: (التبرعات المتعلقة بالموت كالوصايا، وتعليق العتق ..
فلا يقدم عتق على عتق، ولا تبرع غير العتق على غيره. وفي ص ١٣٦: (لا يؤثر تقدم الهبة
وحدها بلا قبض لأن ملكها بالقبض.. حتى لو وهب المريض ثم أعتق، أو حابى في بيع ثم
أقبض الموهوب، قوم العتق والمحاباة...).

(٥) قال ابن قدامة: (وما أعطى في مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث.. وجملة ذلك أن
التبرعات المنجزة كالعتق، والمحاباة، والهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين،
والعفو عن الجناية الموجبة للمال.. إذا كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهو من ثلث
المال، في قول جمهور العلماء... انظر: المغني: ٤٧٤/٨.

هي من رأس المال إلا الوصية. دليلنا: ما تقدم من حديث عمران بن حصين في^(١) الذي أعتق ستة أعبد له في مرض الموت. فأعتق النبي ﷺ اثنين وأرق أربعة، وقوله: «إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند وفاتكم»^(٢)، ولأنها عطية في المرض فهي كالوصية.

١٣٥٢ - مسألة: إجازة الورثة قبل الموت لا تلزم^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لمالك^(٥). دليلنا: أنها حالة لا يصح منهم فيها الفسخ فلا يصح الإمضاء كحالة الصحة، وعكسه بعد الموت، ولأن الاعتبار بثلاث ماله حين الموت لا حين الوصية، كذلك في الإجازة وهما سواء، لأن كل واحد منهما يتطرق عليه التغيير.

١٣٥٣ - مسألة: إجازة الورثة تنفيذ ولا تكون هبة مبتدأة، وبه قال أكثرهم^(١)

(١) تقدم تخريجه في المسألة رقم: ١٣٤٤.

(٢) تقدم تخريجه في المسألة رقم: ١٣٤٩.

(٣) جاء في كشف القناع: ٣/٤٤٣ (ولا تصح إجازتهم أي الورثة حيث اعتبرت إلا بعد الموت، ولا يصح ردهم حيث ساغ إلا بعد موت الموصي، لأنه حق لهم حينئذ، فيصح منهم الإجازة والرد كسائر الحقوق، فلو أجازوا قبل ذلك - أي موت الموصي، أو ردوا قبله، أو أذنوا لمورثهم في صحته ... فلهم الرد بعد موته ولا عبرة بما صدر منهم قبله).

(٤) جاء في المذهب: ٣/٧٠٩: (ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت، لأنه لا حق له قبل الموت، فلم يصح إسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع). انظر: مغني المحتاج: ٣/٤٤٤، واختلاف الفقهاء: ٥/٥ وما بعدها.

(٥) جاء في حاشية الدسوقي: ٤/٤٢٧ (والحاصل أن الوصية بزائد الثلث أو لوارثه على هذا القول صحيحة متوقفة على الإجازة ...).

(٦) جاء في الكافي: ٢/٤٧٥ (ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة عن الثلث لنهي النبي ﷺ سعاداً عن ذلك، فإن فعل، وقف الزائد على الثلث على إجازة الورثة، فإن أجازوه جاز، وإن رده بطل بغير خلاف، ولأن الحق لهم فجاز إجازتهم وبطل بردهم ... وظاهر المذهب أن الإجازة صحيحة، وإجازة الورثة تنفيذ، لأن الإجازة في الحقيقة، ولا خلاف في تسميتها إجازة).

خلافًا لأحد قولي الشافعي^(١): إنها هبة فيعتبر فيها ما يعتبر في الهبة من الإيجاب والقبول والقبض، ويفيد أنه إن كان يعتق كان الولاء لهم ومن يجعله تنفيذًا بقول يكون الولاء للموصى فينتقل إلى الذكور من ورثته. دليلنا: أن الإجازة ليست من ألفاظ التملك، ولهذا لو قال أجزت لك عبدي لم يملكه وإذا كان كذلك لم يحصل به التملك، ولأنه عقد على ملك نفسه فيما يتعلق به حق الغير فهو كما لو وصى وعليه دين يستغرق التركة فأجازوا وصيته.

١٣٥- مسألة: تصح الوصية للوارث إذا أجازها الورثة، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافًا لزفر. دليلنا: قوله ﷺ: «لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة»^(٣)، ولأنه ممنوع من ذلك لحق الورثة فإذا أجازوه يجب أن تصح كما لو وصى لأجنبي بجميع ماله فأجازوه.

١٣٥- مسألة: إذا وصى بجميع ماله ولا وراث له صحت الوصية، وبه قال أبوحنيفة^(٤) خلافًا لأكثرهم، ولأحد الروايتين. دليلنا: أنه مال له لم يتعلق به حتى لمعين، فهو كالثلث وأشبهه هبته في حال الصحة.

(١) جاء في المذهب: ٧٠٨/٣: (وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية، وإن كان له وارث ففيه قولان: أحدهما: أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث. والثاني: أنها تصح وتقف على إجازة الورثة... فإن قلنا على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة).

(٢) جاء في المستوعب: ٥٠٩/٢: (وكذلك الوصية لوارث تصح ويقف نفوذها على إجازة الورثة في المشهور من المذهب، وقال في رواية حنبل ليس لوارث وصية على قول الرسول ﷺ: «... فلا وصية لوارث».

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه: ٤٣٣/٤، والمعجم الكبير للطبراني: ٢٠٤/٤، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: ٩٢/٣.

(٤) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٥٣/٥: (قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا لم يكن له وارث فأوصى بجميع ماله، جاز وهو قول شريك بن عبدالله... وقال مالك والأوزاعي والحسن بن حي: لا تجوز وصيته إلا في الثلث...). انظر: الإيضاح: ٧٢/٢، والمدونة: ٢٥/٦، والمحلى: ٣١٧/٩.

١٣٥٦ - مسألة : تصح الوصية إلى العبد^(١)، والمكاتب، والمدير، وأم الولد، ذكره ابن حامد. وقد ذكر الخرقى: أم الولد خاصة، وبه قال مالك، وقال أكثرهم: لا تصح. وقد سلم لنا أبو حنيفة إذا وصى إلى عبده خاصة، وليس في الورثة كبير. دليلنا : أنه عدل مكلف أشبه الحر، ولأن من صحت الوصية إليه إذا لم يكن في الورثة كبير صحت، وإن بان فيهم كبير كالحر.

١٣٥٧ - مسألة : لا تصح الوصية إلى فاسق^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وفيه رواية أخرى: تصح، ويضم إليه أمين، وهي اختيار الخرقى، وقال أبو حنيفة : تصح وينفذ تصرفه ما لم يصرفه الحاكم وجه الأولى: إنه لا تقر يده على الوصية أشبه المجنون.

١٣٥٨ - مسألة : تصح وصية الصبي المميز^(٤)، وبه قال مالك خلافاً

- (١) جاء في المغني: ٥٦٦/٨: (وإذا وصى الرجل بعبد صحت الوصية).
 (٢) جاء في المستوعب: ٥٢٣/٢ (ولا تصح الوصية إلى فاسق في إحدى الروايتين، والأخرى: تصح، ويضم الحاكم إليه أميناً كما لو كان عاجزاً فإنه يضم إليه من يعينه، وكذلك إذا طرأ فسقه بعد لزوم الوصية، فإن الحاكم يقيم إليه أميناً ولا يخرج من الوصية على إحدى الروايتين اختارها الخرقى، والأخرى: يخرج من الوصية بالفسق، ذكرها القاضي في شرح الخرقى).
 (٣) جاء في حلية العلماء: ٧٩٨/٢: (ولا تصح الوصية إلى فاسق، وبه قال أحمد في أحد الروايتين، والرواية الثانية: أنها تصح ويضم إليه أمين .. وقال أبو حنيفة: لا تقر عليها. وجاء في الحاوي للماوردي: ١٨٧/١٠: (وأما الشرط الخامس وهو العدالة، فقوله تعالى: ﴿افمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستتوون﴾، فكان منع المساواة بينهم موجباً لمنع المساواة في أحكامهم، ولأنه لما منعه الفسق من الولاية على أولاده كان أولى أن يمنعه من الولاية على أولاد غيره).

- وقال أبو حنيفة: (الوصية إليه موقوفة على فسخ الحاكم).
 (٤) جاء في المغني: ٥٠٨/٨: (ومن جاوز العشر سنين، فوصيته جائزة إذا وافق الحق). هذا المنصوص عن أحمد، فإنه قال في رواية صالح وحنبل: تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين، قال أبو بكر: لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته، ومن له دون السبع لا تصح وصيته، وما بين السبع والعشر فعلى روايتين).

لأبي حنيفة^(١) وأحد قولي الشافعي، واختلف أصحابنا في السن الذي يكون فيه مميزاً فقال أبو بكر: عشرة سنين، وقال غيره: سبعة. دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده أن غلاماً من بني غسان حضرته الوفاة فبلغ عمر فقال: «مروه يوصي، فوصى ببئر جشم فبيعت بثلاثين ألفاً، وهو ابن عشرة سنين، أو اثني عشرة»، ولأنه إنما منع من التصرف لحظ نفسه وفي هذا حظ له، لأنه إن مات حصل له ثوابها وإن عاش عادت إليه.

١٣٥٩ - مسألة: تصح الوصية للقاتل،^(٢) وبه قال مالك، وهو اختيار ابن حامد

(١) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٢١/٥: (قال أصحابنا: لا تجوز وصية الصبي .. وذكر المزني نحو ذلك ولم يعزه إلى الشافعي).

وقال ابن القاسم عن مالك: إذا أوصى وهو ابن عشر سنين جاز ما لم تكن في وصيته اختلاط. (٢) مسألة الوصية للقاتل.. لقد حدث خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، حتى أن الحنابلة اختلفوا كذلك، ونستطيع أن نوجز الكلام في هذه المسألة، وأن نحدد الأقوال فيها على النحو التالي:

القول الأول: ذهب الشافعية في الأظهر، والحنابلة في أحد الأقوال الثلاثة عندهم إلى أن قتل الموصي له للموصي لا يمنع صحة الوصية فيستحق الموصي له (القاتل) الوصية سواء حدث القتل بعد الوصية أم وجد سببه قبلها.. قياساً على الهبة، حيث إن قتل الموهوب له الواهب لا يمنع صحة الهبة فكذلك الوصية، ولأن الوصية تجوز مع اختلاف الدين ومن ثم فإنها تجوز مع القتل من باب أولى.

جاء في المغني: ٥٢١/٨: (واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه: فقال ابن حامد: تجوز الوصية له)، وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأظهر قول الشافعي. وقال أبو بكر: لا تصح الوصية له، لأن القتل يمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية، فالوصية أولى. وقال أبو الخطاب: (إن وصى له بعد جرحه صح، وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها). انظر: نهاية المحتاج للمرمل: ٤٨/٦، والمهذب: ٧١١/٣.

القول الثاني: ذهب الحنابلة في قول ثان وبعض المالكية إلى التفريق بين القتل الحادث بعد انعقاد الوصية والقتل الذي سببه قبل انعقادها، فأبطلوا الوصية في الحالة الأولى دون الثانية. جاء في كشف القناع: ٣٥٨/٤: (وإن أوصى لقاتله لم تصح الوصية) راجع الإقناع: ٥٩/٣. القول الثالث: ذهب بعض المالكية وبعض الحنابلة إلى التفريق بين ما إذا علم الموصي بالقتل أم لا^٣ فإن كان علم الموصي بالقاتل صحت الوصية.

انظر: شرح الخرشبي: ٤١٢/٥ وما بعدها.

وفيه رواية أخرى : لا تصح، وبه قال أبو حنيفة،^(١) وهي اختيار أبي بكر، وعن الشافعي كالْمذهبين وجه الأولى: إنه قتال لا يمنع الوصية للصغير فلا يمنعها للكبير كالقتل بالسبب.

١٣٦٠- مسألة: تصح الوصية للحربي^(٢) في دار الحرب،^(٣) وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة وبعض الشافعية.^(٥) دليلنا: أنه يصح تملك بالبيع والشراء فهو كالمسلم والذمي والمستأمن.

١٣٦١- مسألة: لا تصح الوصية لميت^(٦)، وبه قال الشافعي^(٧)، وقال مالك : تصح^(٨) إن علم بموته ويكون لورثته ، إلا أنه يبدأ بديونه وكفاراته. دليلنا: أنها وصية لميت فلا تصح كما لو لم يعلم بموته ، ولأنه مال يستحق بالوفاة فهو كالإرث.

(١) انظر: بدائع الصنائع: ٣٣٩/٧، ومغني المحتاج: ٤٣/٣.

(٢) الحربي هو الشخص غير المسلم الذي يخضع لرعوية دولة غير إسلامية متى كانت هذه الدولة لا ترتبط بالدولة الإسلامية بأي معاهدات.

(٣) جاء في المستوعب: ٥٣١/٢: (فإن أوصى لحربي أو مرتد صحت وصيته إلا أن يوصي له بمصحف أو سلاح أو جند).

(٤) جاء في نهاية المحتاج: ٨/٦: (وتصح الوصية للذمي.. وكذا حربي بغير سلاح). انظر: مغني المحتاج: ٤٣/٣.

(٥) اشترط فقهاء الحنفية، وأكثر المالكية وبعض الشافعية في الموصى له أن لا يكون حربياً، فلا تجوز الوصية للحربي سواء كانت من مسلم أو ذمي، لأنه لو جازت الوصية له لتمكن من الاستعانة بالمال الموصى به على حرب المسلمين. انظر: شرح العيني على الكنتز: ٢٦٤/٢، والزيلعي: ١٨٤/٦، وحاشية الصاوي: ٤٦٦/٢، ونهاية المحتاج: ٢٨/٦.

(٦) جاء في الكافي: ٤٧٩/٢: (ولا تصح الوصية لمن لا يملك كالميت، لأنه تملك فلم يصح لهم).

(٧) جاء في المهذب: ٧١٣/٣: (ولا تصح الوصية لمن لا يملك، فإن وصى لميت لم تصح الوصية قياساً على الهبة).

(٨) انظر الشرح الصغير للرددير: ٤٦٦/٢، وحاشية الدسوقي: ٤٢٢/٤.

فصل : فإن كانت لنفسين أحدهما ميت استحق الحي نصفها^(١)، وقال أبوحنيفة: جميعها. دليلنا: أنه شرك بين الحي والميت، فلا يستحق الحي جميعها كما لو قال بين فلان وفلان.

١٣٦٢ - مسألة : إذا أوصى إلى نفسين وأطلق، لم يكن لأحدهما الإنفراد بالتصرف، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة : ينفرد بستة أشياء استحساناً: كفن الميت، ونفقة الصغير، وقضاء الدين، وإنفاذ وصية بعينها، ورد الوديعة، والخصومة.^(٣) دليلنا: إنه لم يرض بأحدهما أشبه الوكيلين في البيع وأشبه ماعدا الأشياء الستة.

١٣٦٣ - مسألة : الوصي في شيء مخصوص لا يكون وصياً في غيره^(٤)، وقال أبوحنيفة : يكون وصياً في جميع أموره. دليلنا: أنه يتصرف بتفويض أشبه الوكيل.

١٣٦٤ - مسألة : الجد لا يملك التصرف في المال بنفسه، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة والشافعي^(٥)، إلا أن أبا حنيفة قال : تبطل بالوصية إلى غيره. دليلنا: أن الجد متقدم عليه في الولاية أشبه بقية العصبات.

(١) جاء في المغني: ٤١٣/٨: (فإن أوصى بمائة لحي وميت، فللحي نصف الوصية).

(٢) انظر المغني: ٥٥٠/٨ وما بعدها.

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٦/٥: (قال ليس لأحدهما أن يفعل شيئاً دون صاحبه إلا في ستة أشياء).

(٤) انظر: الكافي: ٥٠٩/٢ وما بعدها.

(٥) جاء في الحاوي: ١٩١/١٠: (فعلى هذا لو أوصى الأب بالولاية على أطفال، وهناك جد كانت الوصية باطلة).

وقال أبو حنيفة: لا اعتبار بهذا الشرط، ويجوز للأب أن يوصي بالولاية على أطفاله إلى أجنبي وهناك جد... وجاء في فتح القدير: ٥٠١/٨: (والوصي أحق بمال الصغير من الجد .. وقال الشافعي: الجد أحق).

١٣٦٥ - مسألة: ليس للوصي أن يوصي بما وصى به إليه ، وهو اختيار أبي بكر^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأكثرهم وإحدى الروایتين. دليلنا: أنه يتصرف بتولية أشبه الوكيل، وأمين الحاكم، والمودع.

١٣٦٦ - مسألة: لا يشتري الوصي لنفسه شيئاً من مال اليتيم، وهي اختيار الخرقى، وبه قال الشافعي^(٣)، وفيه رواية أخرى: يجوز إن وكل غيره في بيعها، وقال أبو حنيفة: يجوز بزيادة على قيمته استحساناً، وقال مالك: يشتري بالقيمة. دليلنا: أنه لا يشتري بعوض المثل فلا يشتري بزيادة كالوكيل وعكسه الأب، أو نقول يتصرف بعقد أشبه ما ذكرناه.

١٣٦٧ - مسألة: يجوز للوصي أن ينزع نفسه من الوصية^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أبو حنيفة: لا ينزع نفسه في حياة الموصي إلا بحضرته

(١) جاء في المستوعب: ٥٢٤/٢: (وهل للوصي أن يوصي بما أوصى إليه من غير أن يجعل ذلك إليه؟ على روايتين، إحداهما: لا يجوز. والأخرى: يجوز، ويكون الوصي الثاني وصياً لهما جميعاً).

(٢) جاء في المذهب: ٧٥٦/٣: (وللوصي أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه، كما قلنا في الوكيل... ولا يجوز أن يوصي إلى غيره، لأنه يتصرف بالإذن فلم يملك الوصية كالوكيل، انظر: روضة الطالبين: ٣١٤/٦).

(٣) جاء في حلية العلماء: ٧٩٩/٢: (ولا يجوز للوصي أن يبيع مال الصبي من نفسه... وقال أبو حنيفة: إذا كان بأكثر من قيمة المثل جاز، ولا يجوز بثمن المثل).

(٤) جاء في الممتع: ٢٩١/٤: (ويصح قبول الوصية في حياة الموصي وبعد موته، وله عزل نفسه متى شاء، وعنه ليس له ذلك بعد موته، وللوصي عزله متى شاء).

وأما كون الوصي له عزل نفسه متى شاء، فلأنه متصرف بالإذن أشبه الوكيل...
وأما كونه ليس له ذلك بعد موت الموصي على رواية، فلأنه غره بالتزام وصيته، ومنعه بذلك من الإيصاء إلى غيره).

(٥) جاء في المذهب: ٧٥٨/٣: (وللوصي أن يعزل نفسه متى شاء، لأنه تصرف بالإذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة).

وبعد موته إذا عجز أو خان،^(١) وبه قال مالك. دليلنا: أنه عقد جائز، بدلالة أن لكل واحد منهما أن يفسخ بحضرة صاحبه فاشبهه الشرك والمضاربة، ولأنه مؤتمن أشبه أمين الحاكم.

١٣٦ - مسألة: إذا وصى بسهم من ماله فللموصى له السدس^(٢) إلا أن يعول فيحصل عائلاً، وفيه رواية أخرى: له ما لأقل أهل الفريضة، وهي اختيار الخلال وصاحبه، إلا أن شيخنا يقول: متى زاد ذلك على السدس رده إليه، وبه قال أبو حنيفة^(٣)، وقد نقل الخرقى: له سهم مما تصح منه الفريضة، واختلف أصحاب مالك عنهم كالروايات الثلاثة. وقال الشافعي^(٤): الخيار إلى الورثة يعطونه ماشاعوا وجه الأولى: ما روى أبو بكر بإسناده عن ابن مسعود:

(١) جاء في فتح القدير: ٤٨٩/٨: (ومن أوصى إلى رجل أي جعله وصياً فقبل الوصي في وجه الموصى أشار بذلك إشارة إلى أن المقصود بذلك علم الموصى... فلو صح رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته وهو إضرار لا يجوز).

(٢) جاء في المغني: ٤٢٣/٨: (وإذا أوصى له بسهم من ماله أعطي السدس، وعن أبي عبد الله رواية أخرى: يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة.

اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - فيما لو أوصى بسهم، فروي عنه أن للموصى له السدس. والرواية الثانية: أنه يعطى سهماً مما تصح منه الفريضة فينظر كم سهماً صحت منه الفريضة؟ فيزاد عليها مثل سهم من سهامهم للموصى له.... وقال الخلال وصاحبه: له أقل سهم من سهام الورثة...).

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٢٥/٥: (قال أبو حنيفة: إذا أوصى بسهم من ماله فله نصيب أحد الورثة إلا أن يكون أقل من السدس، فيكون له السدس. وقال أبو يوسف ومحمد: له مثل نصيب أحد الورثة الأقل منهم إلا أن يزيد عن الثلث فيكون له الثلث، ولا يزداد عليه إلا بإجازة الورثة. قال أبو جعفر: قوله إلا أن يكون أقل من السدس في قول أبي حنيفة غلط، وإنما هو إلا أن يكون أكثر من السدس فيكون له السدس.

وجاء في ٤ مختصر الطحاوي: ص ١٥٧: (إن كان الفريضة أقل من ستة أسهم كان له السدس وإن كانت الفريضة أكثر من ستة أسهم كان له أحس سهام الورثة)

(٤) جاء في المذهب: ٧٣٢/٣: (فإذا أوصى بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله، فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير، لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير).

«أن النبي ﷺ سئل عن رجل جعل لرجل سهماً من ماله ثم مات فقال : السدس»^(١)، وعن إياس بن معاوية : السهم في كلام العرب السدس، ولأن الوصية عول في الفريضة وأقل ما تعول من ستة، فلهذا لا يستحق السدس، ولأنه تملك يتعلق بالموت فجاز أن يتقدر السهم فيه بالشرع كالإرث.

فصل : فإن وصى بجزء أو نصيب فلا رواية فيه، والأشبه أن يرجع إلى ما يختار الورثة، وبه قال أكثرهم، وقال أصحاب مالك : أنه كالسهم. دليلنا : أن هذا لا يقع التضارب به في الفرائض فلهذا لم يتقدر وفارق السهم فإنه بخلافه.

١٣٦٩ - مسألة : إذا وصى بعبد من عبيده أو شاة من غنمه، فللورثة أن يدفعوا ما يقع عليه الاسم^(٢)، وبه قال الشافعي، وذكر الخرقي : الإخراج بالقرعة، وقال مالك : يدفع جزء منهم بالقيمة، فإن كانوا أربعة فربعهم، وعلى هذا ما زاد ونقص. دليلنا : أن الاسم يتناول أحدهم وهو اليقين وما زاد عليه بقيمة أو جودة مظنون فلا تثبته بالشك كما لو وصى بدراهم فإنه يرجع إلى ثلاثة.

١٣٧٠ - مسألة : للوصي أن يبيع على الكبار والصغار^(٣)، وهكذا يبيع لقضاء

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف : ١٧١/١١، وأورده الهيثمي في باب من أوصى بسهم من ماله : مجمع الزوائد : ٢١٣/٤، وعزاه للطبراني في الأوسط.

(٢) جاء في المغني : ٥٦٥/٨ : (وجملة ذلك أن الوصية بغير معين كعبد من عبيد، وشاة من غنمه تصح ... واختلفت الرواية فيما يستحقه الموصى له .. فروي أنه يستحق أحدهم بالقرعة. وبشبه أن يكون قول إسحاق، ونقل ابن منصور أنه يعطى أحسنهم يعني يعطيه الورثة ما أحبوا من العبيد ...).

(٣) جاء في الممتع : ٢٩٤/٤ وما بعدها : (إذا دعت الحاجة إلى بيع لبعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار، وفي بيع بعضه نقض، فله البيع على الكبار والصغار). أما كون الوصي له أنبيع على الكبار والصغار لقضاء دين الميت، فلأن الدين متعلق بكل جزء من التركة، بدليل ما لو هلك بعضها فإن الدين يوفى من الباقي، ولأن التركة باقية على حكم ملك الميت ملك الوصي أن يتصرف فيها بالحظ والمصلحة .. وأما كونه له البيع على الكل مع حاجة الصغير، وفي بيع البعض نقض، فلأن الوصي مأمور بالإصلاح والتصرف على وجه الحظ والمصلحة.

دين أو وصيته على الكبار، وبه قال أبو حنيفة^(١)، وقال الشافعي : لا يبيع إلا حصته للصغار وما يخص الدين والوصية فقط. دليلنا: أن ما يبيع في الدين المستغرق بيع في غير المستغرق كالرهن، وأيضاً فإن هذا توفيراً للتركة والوصي أقيم مقام الميت فيما فيه الحظ والصلاح، ولهذا يقضي ديونه وينفذ وصاياه فلهذا ملك ذلك.

١٣٧ - مسألة: إذا اعتقل لسانه لم تصح وصيته بالإشارة^(٢)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي، وقال الطحاوي: إذا تناول به صار كالأخرس^(٣). دليلنا: أنه لم يؤنس من نطقه، أشبه إذا ارتج عليه في الصلاة أو اعتقل لسانه.

١٣٧ - مسألة: إذا وصى أن يشتري نسمة بألف تعتق عنه فعجز ثلثه عنها

(١) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٧٣/٥: (قال أصحابنا: إذا كان الورثة كباراً وليس على الميت دين، ولا هناك وصية، لم يجز للوصي بيع العقار عليهم وإن كانوا أغنياء، فإن كان فيهم صغير، فإن أبا حنيفة قال: للوصي أن يبيع على الصغار والكبار وهو قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بيعه في نصيب الكبار، ويجوز في حصة الصغار. وقال ابن الفاسم عن مالك: لا يبيع الوصي عقار البتامة إلا أن يكون داراً غلتها لا تحملهم) جاء في المغني: ٥١١/٨: (وتصح وصية الأخرس إذا فهمت إشارته، لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما، فإن لم نفهم إشارته فلا حكم لها، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وغيرهما... أما الناطق إذا اعتقل لسانه، فعرضت عليه وصيته، فأشار بها، وفهمت إشارته، لم تصح وصيته ذكره القاضي وابن عقيل وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة. وقال الشافعي وابن المنذر: (تصح وصيته لأنه غير قادر على الكلام أسبه الأخرس). انظر: روضة الطالبين: ٣١٧/٦.

(٣) ملخص المسألة: (ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية تنعقد بالإشارة المفهومة بشرط أن يكون الموصي عاجزاً عن النطق وغير عارف بالكتابة. أما إذا كان قادراً على النطق أو عارفاً بالكتابة فلا تنعقد بالإشارة، وذلك لأن الإشارة أقل من العبارة والكتابة في الدلالة على الإرادة.

وسوى المالكية بين الإشارة والعبارة في الوصية فأجازوا للقادر على النطق أن يعقد الوصية بالإشارة لأن الوصية من قبيل التبرعات.. والتبرعات ينبغي التوسع فيها). انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٢٣/٤ وما بعدها، والممتع: ١٩٥/٤.

اشترى نسمة بقدر الثلث، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة : تبطل الوصية. دليلنا: أن كل وصية وجب تنفيذها إذا احتملها الثلث وجب وإن لم يحتملها، كما لو وصى أن يتصدق أو يحج عنه بألف، وإذا اشترى ما يساوي ألفا بتسعمائة.

١٣٧٣ - مسألة: إذا ادعى الوصي دفع المال إلى اليتيم بعد بلوغه فالقول قوله مع يمينه^(٢)، وكذلك الأب، والحاكم، والشريك، والمضارب، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي : لا يقبل قول الوصي إلا ببينة^(٣)، قال الشافعي : وكذلك الأب والقاضي، فأما الشريك والمضارب والوكيل بجعل ففيه وجهان. دليلنا: أنه مؤتمن فكان القول قوله كالمودع، ولأنه ادعى رفع يده عن المال أشبه إذا ادعى هلاكه وإنفاقه.

١٣٧٤ - مسألة: إذا وصى بثلثه يضعه حيث شاء أو لمن شاء لم يكن له أن يجعله لنفسه ولا لبعض أولاده، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه تمليك بإذن فلا يكون موصياً قابلاً كالوكيل وكما لو قال: أعطه لمن شئت.

(١) جاء في المذهب: ٧٣٤/٣: (فإن أوصى أن يعتق عنه رقبة، فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة اعتق قدر الثلث من الرقبة، لأن الوصية تعلقت بجميعها).

(٢) جاء في المستوعب: ٥٢٦/٢: (فإذا أزال الحجر عن الصبي والمجنون فادعيا أن وليهما باع عقارهما لغير ضرورة ولا غبطة فالقول قول الولي، وكذلك القول قوله فيما أنفق عليهما وفي تلف مالهما أو في دفعه إليهما بعد فك الحجر عنهما).

(٣) جاء في المذهب: ٧٥٨/٣: (وإن اختلفا في دفع المال إليه فادعى الوصي أنه دفعه إليه، وأنكر الصبي ففيه وجهان، أحدهما: وهو المنصوص، أن القول قول الصبي، لأنه لم يأت منه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه. والثاني: أن القول قول الوصي).

وجاء في روضة الطالبين: ٣٢١/٦: (ادعى دفع المال إليه بعد البلوغ لا يقبل بغير بينة على الصحيح).

(٤) جاء في الكافي: ٤٩٥/٢: (وإذا قال له ضع ثلثي حيث يريك الله، لم يملك أخذه لنفسه، لأنه تمليك ملكه بالإذن، فلم يملك صرفه إلى نفسه كالبيع، ولا إلى ولده، ولا إلى والده لأنه بمنزلة ولدها منه من قبول شهادته له، ويحتمل جواز ذلك لعموم لفظ الموصى فيهم، وله وضعها حيث أراد الله). وجاء في حلية العلماء: ٧٩٩/٢: (فإن أوصى إليه فقال: ضع ثلثي فيمن شئت لم يجز أن يضعه في نفسه. وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك).

١٣٧٤ - مسألة: إذا وصى لقبيلة لأتحدى كبنى هاشم، وبنى تميم ونحوه، فالمنصوص عنه صحة الوصية، وبه قال مالك، وقال شيخنا: يدفع إلى بعضهم^(١)، وقال أبو حنيفة: الوصية باطلة^(٢)، واختلف أصحاب الشافعي على وجهين: الصحيح فيها الصحة. دليلنا: أن كل قوم صحت الوصية لهم إذا كانوا محصورين صحت وإن لم يكونوا محصورين كالفقراء والمساكين.

١٣٧٦ - مسألة: إذا مات الموصى له قبل القبول بطلت ولم يرق ورثته مقامه^(٣) على قياس قولنا: الخيار لا يورث، وفيه وجه آخر: الملك ينتقل من غير قبول، وذكر الخرقي: أن الورثة يقومون مقامه، وبه قال الشافعي. دليلنا: أنه تملك يفتقر إلى قبول أشبه البيع والهبة في أنه لا ينتقل ولا يقوم الوارث مقامه.

١٣٧٧ - مسألة: تملك الوصية بموت الموصي وقبول الموصى له^(٤)، وبه وقال أكثرهم، وعن الشافعي^(٥) كذهبننا، وعنه أنه كالمراث ينتقل بالموت، وعنه أنه

(١) جاء في المستوعب: ٥٢٩/٢: (وإذا أوصى لجماعة معينين يمكن حصرهم وجب استبعادهم والتسوية بينهم، فإن لم يمكن حصرهم كبنى هاشم وبنى تميم والفقراء والمساكين صحت الوصية ويجري الدفع إلى واحد منهم في أحد الوجهين، وفي الآخر لا يجري الدفع إلى أقل من ثلاثة، ويجوز تفضيل بعضهم على بعض).

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ١٧/٥: (قال أصحابنا: إذا أوصى لبنى فلان قبيلة لا يحصون، فالوصية باطلة، وقال ابن القاسم عن مالك: هي جائزة).

(٣) جاء في المغني: ٤١٣/٨: (فإن مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية.. هذا قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن علي - رضي الله عنه - وبه قال الزهري، وحمام، وربيعة، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي).

(٤) جاء في الممتع في شرح المقنع: ٢٠٨/٤: (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت، فأما قبوله ورده قبل الموت فلا عبرة به).

أما كون الملك للموصى له لا يثبت إلا بالقبول، فلأن الوصية تملك لمن هو أهل الملك فلم يثبت إلا بالقبول كالهبة والبيع.

وأما كون القبول بعد الموت، فلأن الوصية تملك بعد الموت، فكان القبول حينئذ).

(٥) جاء في المهذب: ٧٥٧/٣: (ولا تتم الوصية إليه إلا بالقبول، لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول كالوصية له.. وفي وقت القبول وجهان، أحدهما: يصح القبول في الحال، لأنه إذن في التصرف فصح القبول في الحال. والثاني: لا يصح إلا بعد الموت كالقبول في الوصية له). انظر: مغني المحتاج: ٧٨/٣، وروضة الطالبين: ١٤٣/٦: (متى يملك الموصى به فيه ثلاثة أقوال: أحدهما: بالموت، والثاني: بالقبول، والثالث: أنه موقوف).

مراعى أن قبل تبينا أنه انتقل بالموت. دليلنا: أنه تملك لمعين يفتقر إلى قبول فلا يتقدم الملك فيه على القبول كالبيع والهبة، ولأنه لو حصل بالموت لما ملك رده كالإرث.

فصل: فإن قبل حكمنا له بالملك فيه من غير أن يتخلله ملك الورثة، وبه قال أبو حنيفة،^(١) وقال الشافعي:^(٢) على القول الذي وافقنا فيه أنني أنظر في هذه الوصية، فإن كانت بالثلث فعلى قولين، أحدهما: كمذهبنا، والثاني: ينتقل إلى الورثة ثم إليه، وإن كان زائداً على الثلث فبناه على أصل إن قال أن الإجازة تنفيذ فهو على القولين أيضاً، وإن قال هي تملك فقول واحد وأن الملك ينتقل إلى الورثة ثم إلى الموصى له وفيد الخلاف إنه لو وطئها الوارث قبل القبول فعلمت حصلت أم ولد، وإن نمت كان النماء لهم. دليلنا: أنها أحد نوعي العطية فلا ينتقل الملك فيه إلى الورثة كالمنجزة، ولأنه لو زال منهم إلى الموصى له لم ينتقل عنهم إلا بسبب من جهتهم أو حكم حاكم، وقد أجمعنا أنه لا يفتقر إلى ذلك.

فصل: أبو علق بين الموت وقبوله فالولد يتبع الأم في الوصية ويحسب من الثلث، ذكره أبو بكر في الشافعي، وبه قال أبو حنيفة، ولا يختلف قولنا أنها لو علقت قبل الموت كان للوصي وبعد القول للموصى له، وقال الشافعي: لا يدخل في الوصية ويكون للورثة إلا أن يكون موجوداً حين العقد فيدخل في الوصية إذا قالوا للحمل حكم ويأخذ قسطاً من الثمن، وإن قالوا لا حكم له فهو للموصى له. دليلنا: أنه إذا مات فالجارية على حكم ملكه، فلهذا كان من الثلث

(١) جاء في الإنصاف: ٢٠٦/٧: (وإن قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح، وهو المذهب. وقال في الوجيز: وثبت الملك بالقبول عقب الموت .. فعلى الأول: يكون الملك قبل القبول للورثة على الصحيح من المذهب، وعلى الثاني: يكون على ملك الميت ...).

(٢) انظر: حلية العلماء: ٧٨١/٢ وما بعدها.

ولا يلزم إذا وصى لها في هذه الحالة فقبلتها لأنه كمسألتنا، ولا يلزم إذا وصى ببيع أمته من فلان أو بعثتها فعلقت في هذه الحالة أنه [لا]^(١) يبيع الولد في هذه الوصية.

١٣٧ - مسألة: إذ قدم ليقترض منه، أو بارز العدو، أو ضرب الحامل الطلق، أو هاجت الريح في لجة البحر وهم في سفينة فعطايهاهم من الثلث، وبه قال أكثرهم^(٢)، وروى عنه إذا كان بين الصفيين فالعطايا من أصل المال، قال الشيخ: يمكن أن يحمل على أن الحرب لم يلتحم، إلا أن أبا بكر جعل المسألة على روايتين، وعن الشافعي كالروايتين. دليلنا: أن هذه أحوال الغالب منها الهلاك فهي كالمرض، ولأنه لما انقسم حال المرض فممنه ما يكون للعطايا من أصل المال وهو المرض الذي يطول جاز أن يكون الصحة كذلك وليس إلا هذه المواضع.

١٣٧ - مسألة: العبد الموصى بمنافعه نفقته على مالك الرقبة^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة: على مالك المنافع. دليلنا: أنه اجتمع ملك الرقبة والمنفعة أشبه المستأجر والمؤجرة، ولأن الفطرة تلزمه أشبه المؤجر.

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ب).

(٢) جاء في المذهب: ٧٢١/٣: (وإذا ضرب الحامل الطلق فهو مخوف، وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان، أو كان في الجو وتموج أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى أو قدم للقتل في المحاربة أو الرحم في الزنا ففيه قولان .. أحدهما: أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعته فيه من الثلث، لأنه لا يأمن من الموت .. والثاني كالصحيح).

(٣) جاء في الكافي: ٥١١/٢: (إذا أوصى لرجل بمنفعة جارية وآخر برقبته، صح، ولصاحب المنفعة منافعتها وأكسابها وله إجارتها، لأنه عقد على منفعتها ... وإن احتاجت إلى نفقة، احتمل أن تجب على مالك المنفعة، لأنه يملك نفعها على التأبيد، فكانت النفقة عليه كالزوج ... واحتمل أن تجب على صاحب الرقبة لأنه مالك رقبته فوجب عليه نفقتها ... واحتمل أن تجب في كسبها). انظر: الممتع: ٢٤٥/٤.

(٤) جاء في المذهب: ٧٤٦/٣: (فإن احتاج العبد إلى نفقة ففيه ثلاثة أوجه: أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري أن النفقة على الموصى له بالمنفعة، لأن الكسب له. والثاني: أنها على المالك وهو قول أبي هريرة، لأن النفقة على الرقبة فكانت على مالكة. والثالث: أنها في كسبه فإن لم يف الكسب ففي بيت المال، لأنه لا يمكن إيجابها على المالك، لأنه لا يملك الانتفاع، ولا على الموصى له، لأنه لا يملك الرقبة، فلم يبق إلا ما قلناه).

١٣٨٠ - مسألة: إذا وصى لمواليه وأطلق حمل على الأعلى والأسفل، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: الوصية باطلة.^(١) دليلنا: أن الاسم يقع على جماعتهم أشبه الوصية للأخوة وهم مفترقون وكما لو حلف لا أكلهم مواليه.

فصل: ولا يدخل فيه موالي أبيه خلافاً لزفر. دليلنا: أن أولئك يتناولهم الاسم مجازاً فلا يعدل إلى المجاز مع إمكان الأخذ بالحقيقة.

فصل: فإن لم يكن له موالي حمل على موالي أبيه، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يستحقون شيئاً. دليلنا: أن الاسم يتناولهم على طريق المجاز فإذا تعذر الحقيقة حمل على المجاز.

فصل: ويدخل في الموالي أم الأولاد والمدر خلافاً لأبي حنيفة.^(٢) دليلنا: أن الوصية تستحق بعد الموت، وهم في تلك الحالة موالي أشبه إذا أعتقهم في حياته.

١٣٨١ - مسألة: إذا وصى بثلثة للفقراء والمساكين وفلان، قسم على ثلاثة أسهم

(١) جاء في مختصر العلماء: ٥٥/٥: (قال محمد في الجامع - ولم يذكر خلافاً - في رجل عربي أوصى لمواليه وله موالي أعتقهم، ولهم أولاد وموالي أعتقهم مواليه، فالوصية لمواليه (الذين أعتقهم ولأولادهم ولا شيء منها لموالي مواليه)، ولو لم يكن له موالي أعتقهم ولا أولادهم قد ماتوا، وله موالي أعتقهم مواليه فالوصية لموالي مواليه). وقال زفر: (الوصية لمواليه الذين أعتقهم ولموالي أبيه إذا كان قد ورث أولادهم). وجاء في ص ٥٧: (قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا أوصى لمواليه وله موالي أعتقهم وموالي أعتقوه فالوصية باطلة حتى يبين لأيهم أوصى).

(٢) جاء في فتح القدير: ٤٧٧/٨: (ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة، وقال الشافعي في بعض كتب: أن الوصية لهم جميعاً، وفي موضع آخر: يوقف حتى يصلحوا له لأن الاسم يتناولهم، لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالأخوة. ولنا: أن الجهة مختلفة، لأن أحدها يسمى النعمة، والآخر منعم عليه. ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده، لأن عتق هؤلاء ثبت بعد الموت، وعن أبي يوسف أنهم يدخلون...).

لكل اسم ثلث،^(١) وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك : يعطى فلان على قدر الاجتهاد، وقال أبو يوسف : على سهمين، لفلان النصف ونصف للباقيين. دليلنا: أن الوصية يعتبر بها لفظ الموصى وكل واحد من اللفظين يعطى غير الآخر فكان فائدتهم مختلفة كقوله لزيد وعمرو، وعلى قولهم الفقراء والمساكين بمعنى واحد.

فصل : فإن وصى بثلثة لفلان وللمساكين فهو بينهما نصفان، وقال محمد بن الحسن : هو بينهما على ثلاثة أسهم، لفلان سهم، وسهمان للمساكين. دليلنا: أن المساكين غير معنيين، فإذا أضيف إليهم الصدقة كانوا جهة ولم يعتبر العدد، كما قلنا في الزكاة.

فصل : فإن وصى للمساكين جاز الدفع إلى واحد، وقال محمد بن الحسن : أقله اثنان. دليلنا: أنها صدقة لغير أعيان أشبه الزكاة.

١٣٨٢ - **مسألة :** إذا وصى لرجل بثلث بقره، أو غنمه، أو إبله، أو طعامه، فهلك الثلثان وبقي الثلث وله مال كثير، يخرج ذلك من ثلثه، فالباقي كله للموصى له وكذلك الحكم في الدور والرقيق والدواب المختلفة الأجناس، وقال أبو حنيفة: في القسم الأول كقولنا، وفي الثاني : له ثلث الباقي، وقال زفر : له ثلث الباقي في المسألتين وقال : لو استحق الثلثان تعين حقه في الباقي. دليلنا: أنه لو لم يهلك الثلثان جاز أن يتعين ملكه فيه بالقسمة، فإذا هلك تعين الوصية في الباقي إذا كان يخرج من الثلث كما لو قال : أوصيت لفلان بشاة من غنمي فهلك إلا واحدة، وكما لو كانت الوصية في بهيمة الأنعام أو طعام.

١٣٨٣ - **مسألة :** إذا وصى لرجل ثم جحد الوصية لم تبطل خلافاً لإحدى

(١) جاء في الإنصاف: ٢٥٠/٧ : (وإن أوصى لزيد، وللفقراء والمساكين بثلثه، فلزيد التسع والباقي لهما: وهذا المذهب، وعليه الأصحاب. وقال في الفروع: قلت: ويحتمل أن له السدس، لأنهما هنا صنف).

الروائيتين^(١) عن أبي حنيفة. دليلنا: أنه عقد من العقود فلا يبطل بجحوده كسائر العقود.

١٣٨٤ - مسألة: إذا قدم من بلده يريد الحج ثم مات في الطريق، فإنه يحج عنه من حيث مات، وكذلك إذا مات الذي يحج عن غيره، فإنه يحج عنه من حيث مات^(٢)، وقال أبو حنيفة: من بلد المحجوج عنه في الموضعين. دليلنا: إنه لو خرج من بلده يريد التجارة فلما بلغ إلى الميقات بدا له فحج من الموضع أجزاء واعتد بذلك، فإذا خرج بنية الحج ثم مات أولى أن يجزى عنه.

١٣٨٥ - مسألة: إذا أقر لأجنبية في مرض الموت ثم تزوجها لم يبطل الإقرار خلافاً لزفر^(٣). دليلنا: أنه لم يوجد سبب الإستحقاق حين الإقرار، لأن الإقرار حصل لأجنبية فهو كما لو لم يتزوجها ولا يلزم إذا أقر لأخيه ثم صار وارثه، لأن السبب موجود ولا يلزم إذ وهب لها ثم تزوجها، لأن الاعتبار في الهبة بما بعد الموت، وهي وارثة في تلك الحالة.

١٣٨٦ - مسألة: إذا وصى للمسجد صحت الوصية^(٤)، وقال أبو حنيفة: لا تصح حتى يقول: ينفق عليه. دليلنا: أن هذا اللفظ يطلق ويراد به النفقة فحمل عليه، كما لو صرح به.

(١) جاء في المغني لابن قدامة: ٤٧٠/٨: (وإن جحد الوصية، لم يكن رجوعاً، في أحد الوجهين وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروائتين، ولأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود. والثاني: يكون رجوعاً، لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له).

(٢) جاء في المستوعب: ٦٣٠/١: (ومتى مات الحج قبل الإحرام أو بعده، وقبل إكمال أفعال الحج، صحت النيابة عنه فيما بقي، سواء كان إحرامه عن نفسه أو عن غيره، ويتم النائب من حيث بلغ الميت من المكان والأفعال).

(٣) جاء في المغني لابن قدامة: ٣٣٤/٧: (إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره، لأنه غير متهم).

(٤) جاء في المستوعب: ٥٢٣/٢: (فإن أوصى للمسجد صحت الوصية، وصرف في مصالحه، وكذلك إن أوصى لكتب القرآن أو الفقه).

١٣٨٧ - مسألة : إذا وصى الذمي بالإنفاق على البيع والكنائس ونحوهما ، لم يصح^(١) خلافاً لأبي حنيفة ، وعن أحمد نحوه . دليلنا : أن هذه غير موضوعة في الأصل للقربة فهو كما لو وصى بسلاح لقتال المسلمين ، ولا يلزم الوصية بما يوقد في بيت المقدس ، لأنه موضوع في الأصل للقربة .

١٣٨٨ - مسألة : يجوز إجارة المنافع المستحقة بالوصية خلافاً لأبي حنيفة^(٢) . دليلنا : أنه أنه ملكها بسبب لازم أشبه المستأجر وأشبه الأعيان .

١٣٨٩ - مسألة : إذا وصى لعبد وارثه لم يلزم خلافاً لمالك^(٣) . دليلنا : أن من لا تصح الوصية له بالكثير لا تصح بالقليل كالوارث نفسه .

١٣٩٠ - مسألة : إذا قال عبدي يخدم فلاناً سنة وهو حر ، فقال فلان : قد وهبت له الخدمة أو ما أريد خدمته عتق في الحال ، وقال أبو حنيفة : يبطل العتق وهو كما لو لم يوص . دليلنا : أن الإبراء يقوم مقام القبض بدلالة مال الكتابة ، ثم لو قبض العتق كذلك إذا أبرأه .

١٣٩١ - مسألة : الوصية صحيحة فيما لم [يعلمه]^(٤) الموصى من ماله خلافاً لمالك . دليلنا : أن قوله ثلث مالي لفلان عام في جميع أمواله فحمل على عمومته كقوله : لله علي أن أتصدق بثلث مالي .

(١) جاء في كشف القناع : ٣٦٤/٤ : (ولا تصح الوصية لكنيسة ولا لحصرها وقناديلها ونحوه ، ولا لبيت نار ، ولا لبيعة وصومعة ولا دير لإصلاحها وشعلها وخدمتها ولا لعمارتها ، ولو من ذمي ، لأن ذلك إعانة على معصية) . انظر : التوضيح : ٨٦١/٢ .

(٢) جاء في الممتع : ٢٤٥/٤ : (وللوصي استخدامها وإجارتها وإعارتها وليس لواحد منهما وطئها لأن جميع ما ذكر من منفعتها وهو موصى له بها) .

(٣) جاء في الإنصاف : ٢٢٣/٧ : (وتصح لعبد غيره هذا المذهب وعليه الأصحاب ، ثم قال : يستثنى من كلام المصنف ، وغيره ممن أطلق الوصية لعبد وارثه وقاتله ، فإنها لا تصح لهما مالم يصرحوا وقت نقل الملك ، قاله في الفروع وغيره ، وهو واضح) .

(٤) في نسخة (ب) يعمله .

١٣٩٢ - مسألة: إذا وصى له بمن يعتق عليه فقبله في مرض موته عتق وورث، وهكذا إذا أقر الأخ باين ثبت نسبه وورث، وهكذا إذا أعتق أمته وتزوجها في مرضه ورثت، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: من حصل له العتق لا يرث، وهكذا من ثبت له النسب.^(١) دليلنا: أن من منع الإرث هاهنا قال: لأنه يؤدي إلى إبطال الوصية، لأن الإرث والوصية لا يجتمعان، وإذا بطلت بطل الإرث لأنهم يعودون إلى حال الرق وما أدى إثباته إلى بطلانه لا يثبت، وهذا لا يصح، لأن الوصية بما لا يلحقه الفسخ تجب أن تصح كالوصية بدم العمد وهو إذا عفى عن وارثه في مرض موته.

١٣٩٣ - مسألة: للوصي أن يأكل من مال اليتيم عند الحاجة بقدر عمله، وهل يلزمه عوضه عند الوجود أم لا؟ على روايتين، وبه قال [.....]^(٢)، وقال أبو حنيفة: لا يأكل من ماله شيئاً.^(٣) دليلنا: قوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى﴾ إلى قوله .. ﴿ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾^(٤). وأيضاً ما روى الحسن العرني أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: «إن عندي يتيم أفأكل من ماله؟»^(٥) قال: غير متأنل، وأق مالك بماله»، ولأن الصحابة قضت لأبي بكر في كل يوم بدرهمين وقالوا هو من المسلمين بمنزلة ولي اليتيم، ولأنه عامل في مال من لا يمكن موافقته، أشبه العامل في الزكاة، وأشبه الوصي إذا ضارب بمال اليتيم.

(١) جاء في المغني لابن قدامة: ٤٧٩/٨: (وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض كالهبة والميراث، عتق، وورث المريض إذا مات، وبهذا قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي، وقال بعضهم: يعتق ولا يرث، لأن عتقه وصية فلا يجتمع مع الميراث).

(٢) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٧٨/٥: (في الوصي يأكل من مال اليتيم: قال إسماعيل ابن سالم عن محمد قال: أما نحن فلا تجب للوصي أن يأكل من مال اليتيم شيئاً فرضاً ولا غيره، ولم يذكر خلافاً، وذكر بشر بن الوليد في نوادر أبي يوسف، سمعت أبا يوسف قال: لا يأكل الوصي من مال اليتيم إذا كان مقيماً. وإن أراد أن يخرج في تقاضي دين لهم وإلى ضياع لهم فله أن ينفق ويكتسي ويشتري دابة، فإذا رجع رد الثبات التي عليه إن كان بقي منها شيء، ويرد الدابة).

(٤) سورة النساء: الآية رقم ٦.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٤/٦ بلفظ مختلف.

كتاب الفرائض^(١)

١٣٩٤ - مسألة: ذوو الأرحام^(٢) أولى من بيت المال،^(٣) وبه قال أبو حنيفة^(٤) خلافاً لأكثرهم^(٥) وداود أيضاً. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾^(٦) وتقديره في المواريث، لأنها نسخت التوارث بالولاء والهجرة. وأيضاً قوله ﷺ في رواية عمر بن الخطاب وغيره: «الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له»^(٧) ولأن الجد أبا الأم ينتسب بالولاء أشبه بالأب، ولأن لهم نسب أشبه العصابات.

(١) الفرائض لغة: جمع فريضة، وهي فعيلة من الفرض كصفائح جمع صفيحة، وهي مأخوذة من الفرض الذي له عدة معان في اللغة منها: (أ) التقدير، كما في قوله تعالى: ﴿وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾. (ب) التنزيل، كما في قوله: ﴿إن الذي فرض عليك القرآن لرادك إلى معاد﴾. (ج) الإحلال، كما في قوله: ﴿ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له﴾. (د) التبيين، كما في قوله: ﴿قد فرض الله لكم تحلة إيمانكم﴾. وشرعاً: نصيب مقدر شرعاً للوارث لا يزيد إلا بالرد ولا ينقص إلا بالعول. انظر: المعجم الوسيط: ٦٨٩/٢، والفتاوى الهندية: ٤٤٧/٦، حاشية الجمل: ٢/٤، شرح السراجية: ص ٤.

(٢) ذوو الأرحام: الأرحام جمع رحم وهو في اللغة منبت الولد ووعاؤه في البطن. قال تعالى: ﴿وهو الذي يصوركم في الأرحام كيف يشاء﴾.

وفي الاصطلاح: كل قريب ليس بذی فرض ولا عصبه ويتوسط بينه وبين الميت غالباً أنثى مثل ابن البنات، والعمة والخالة. انظر: تبیین الحقائق: ٢٤١/٦، البحر الرائق: ٥٠٦/٣، حاشية الطحاوي: ٣٩٦/٤، الكافي: ٥٤٩/٢.

(٣) جاء في الممتع: ٣٧٧/٤: (ذوي الأرحام يرثون في الجملة، لأن الله قال: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ ... بشرط ألا يوجد صاحب فرض ولا عصبه.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين: ٧٩١/٦ وما بعدها.

(٥) ذهب الشافعي ومالك إلى أنهم لا يرثون مع وجود بيت المال. الحاوي: ٢٢٣/١٠.

(٦) سورة الأنفال: الآية رقم: ٧٥.

(٧) أخرجه الترمذي في جامعه: ٤٢١/٤، وأخرجه ابن ماجه في سننه: ٩١٤/٢، والدارقطني:

٨٤/٤.

فصل : ويرثون بالتنزيل، وقال أبو حنيفة وأصحابه :^(١) على ترتيب العصابات فيقدمون بنت البنت على بنت الأخت، وعندنا يأخذ كل واحد سهم أمه. دليلنا: أنهم لا يرثون بأنفسهم وإنما يدلون بغيرهم فكان اعتبارهم بمن يدلون به أولى.

فصل : فإن ترك ثلاث بنات أخوات مفترقات، أو أخوة مفترقين فهم بمثابة من يدلون به، وبه قال أبو حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف : المال لبنت الأخت من الأبوين وفي الثانية لابنة الأخ من الأبوين. دليلنا: ما تقدم، وإنهم لا يرثون بأنفسهم وإنما يدلون بغيرهم فأقيموا مقامهم.

١٣٩٥ - مسألة : إذا اجتمع بنت خالة وعمة أو بنت عمة وخالة فلقرابة الأم الثلث، ولقرابة الأب الثلثان، وقال أكثرهم : من ورث ذوي الأرحام المال للخالة دون بنت العمه، وللعمة دون بنت الخالة. دليلنا: أنه إن كان المسقط لبنت العمه، ولبنت الخالة أنها تدلي بغير وارث، والعمه والخالة تدلي بوارث، فهذا لا يوجب الإسقاط، كما لو اجتمع عمه الأم وخالتها، وإن كان المسقط القرب فتبطل بنت الإبن مع البنت فلا وجه للإسقاط.

فصل : ويستوي الذكور والإناث في ذوي الأرحام، وفيه رواية أخرى : يفضل

(١) لقد حدث خلاف بين الفقهاء في كيفية توريث الأرحام على النحو التالي: ذهب الإمام أحمد وعلقمة ومسروق والنخعي والشعبي إلى مذهب أهل التنزيل وهو أن ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه .. فإن بعدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا إلى من يمتون به فيأخذون ميراثه، فإن كان واحداً أخذ المال كله، وإن كانوا جماعة قسمت المال بين ما يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به، فإن بقي من سهام المسألة شيء رد عليهم على قدر سهامهم.

بينما ذهب أبو حنيفة ومن معه إلى مذهب أهل القرابة .. والترجيح عندهم بقوة الدرجة أولاً .. ثم بقوة القرابة ثانياً .. على غرار الترتيب في العصابات النسبية.

خاتمة الفقهاء للسمرقندي (تحقيق د/ محمد زكي عبدالبر): ٣٥٤/٣-٣٥٥. وانظر: المقنع والدرج الكبير والإنصاف (تحقيق د/ عبدالله التركي): ١٩/١٨-٢٠، ومعونة أولى النهي: ١٣٥/٨.

الذكر على الأنثى، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه،^(١) واختار الخرقي التسوية إلا الخال والخالة وجه الأولى : إنهم يرثون بالرحم المحض أشبه ولد الأم.

فصل : ما فضل عن ذوي السهام رد عليهم على قدر سهامهم، وبه قال أبو حنيفة،^(٢) وقال أكثرهم : هو لبית المال. دليلنا: قوله ﷺ : «تحوز المرأة ثلاثة موارد؛ عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عنه، وإنما يكون ذلك بالفرض والرد»،^(٣) ولأن من استحق من مال الميت شيئاً بالنسب لم يستحق معه بيت المال كالعصبة.

١٣٩٦ - مسألة : من لا وارث له ينتقل ماله إلى بيت المال من جهة المصلحة لا إرثاً، وبه قال أصحاب أبي حنيفة،^(٤) وقال الشافعي : إرثاً^(٥) وفائدته منع

(١) جاء في المغني: ٩٣/٩: (ويورث الذكور والإناث من ذوي الأرحام بالسوية إذا كان أبوهما واحداً وأمهم واحدة إلا الخال والخالة، فللخال الثلثان، وللخالة الثلث).

اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والإناث من ذوي الأرحام إذا كانوا من أب واحد وأم واحدة... فنقل الأثرم وحنبل وإبراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية فظاهر التسوية في جميع ذوي الأرحام وهو اختيار أبي بكر (...).

(٢) جاء في كشاف القناع: ٤٣٧/٤: (مال من لا وارث له بفرض أو تعصيب أررحم وما فضل عن فرض من أحد الزوجين لبیت المال).

تعليق: يؤخذ من هذا النص أنه يرد على أصحاب الفرائض وذوي الأرحام، بخلاف أحد الزوجين فإنه لا يرد عليه، ولذلك ما فضل عن أحد الزوجين إذا انفرد بالميراث يكون لبیت المال.

(٣) أخرجه ابن ماجه في باب تحوز المرأة ثلاثة موارد من كتاب الموارث. سنن ابن ماجه: ٩١٦/٢، كما أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض. سنن أبي داود: ١١٢/٢، والترمذي في باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء: ٢٦٧/٨، والإمام أحمد في مسنده: ٤٩٠/٣، ١٠٧/٤.

(٤) جاء في المستوعب: ٥٤٥/٣: (ومن مات ولاوارث له كان ماله في بيت المال للمصالح لا على جهة الإرث ذكره ابن البناء، وقد قال أحمد - رحمه الله - في رواية ابن منصور: لا يوصي من لا وارث له بجميع ماله زيد رد ما بقي لبیت المال ... وظاهر هذا أنه يكون ماله لبیت المال على سبيل الإرث).

(٥) جاء في المذهب: ١٠٣/٤: (وإن مات رجل، ولم يكن له عصبة، ورثه المولى المعتقد كما ترثه العصبة، فإن لم يكن له وارث، نظرت، فإن كان كافراً صار ماله لمصالح المسلمين .. وإن كان مسلماً صار ماله ميراثاً للمسلمين، لأنه يفعلونه إذا قتل، فانتقل إليهم بالموت ميراثاً كالعصبة). انظر: روضة الطالبين: ٣٦/٦.

الوصية عندهم بجميع ماله. دليلنا: أنه لو كان إرثاً لم يستوفيه الموجود والحادث بعد موته ولفضل الذكر على الأنثى إذ كان عندهم يورث تعصيباً فلما لم يقبل هكذا بطل الإرث.

١٣٩٧ - مسألة: لا يرث اليهودي النصراني وكذلك كل أهل ملتين، وهو اختيار أبي بكر^(١)، وبه قال مالك^(٢) خلافاً لأكثرهم لإحدى الروايتين، إختارها الخلال وجه الأولى: أن الكفر ملل بدليل قوله تعالى: ﴿لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾^(٣)، ولأنهم يختلفون في الأنبياء والكتب، وإذا ثبت ذلك دخل تحت قوله ﷺ: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ولا يتوارث أهل ملتين شتى»^(٤).

١٣٩٨ - مسألة: قاتل الخطأ لا يستحق الإرث،^(٥) وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً

(١) جاء في الممتع: ٤١٤/٤: (ويرث أهل الذمة بعضهم بعضاً إن اتفقت أديانهم وهم ثلاث ملل: اليهودية والنصرانية ودين سائرهم .. فعلى هذا لا يرث يهودي نصرانياً، ولا مجوسياً وثنياً، ولا نصراني يهودياً لاختلاف الملة) لقول الرسول ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى».

(٢) جاء في بداية المجتهد: ١٧٠/٤: (وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً، واختلفوا في توريث الملل المختلفة... فذهب مالك وجماعة إلى أن أهل الملة المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى، وبه قال أحمد وجماعة).

وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم: الكفار كلهم يتوارثون، وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثاً...).

(٣) سورة المائدة: الآية رقم: ٤٨.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه: ١٢٥/٣، والترمذي في الجامع: ٤٢٣/٤، وابن ماجه في سننه: ٩١٢/٢.

(٥) جاء في الممتع: ٤٤١/٤: (كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان عمداً أو خطأ بمباشرة أو سبب صغيراً كان القاتل أو كبيراً لقول الرسول ﷺ: «ليس لقاتل شيء»)، ولأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل).

(٦) جاء في المهذب: ٨٠/٤: (واختلف أصحابنا فيمن قتل مورثه، فمنهم من قال: إذا كان القتل مضموناً لم يرثه، لأنه قتل بغير حق، وإن لم يكن مضموناً ورثه، لأنه قتل بحق فلا يحرم به الإرث، ومنهم من قال: لا يرث القاتل بحال وهو الصحيح).

لمالك. ^(١) دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عباس وأبي هريرة: «ليس لقاتل شيء»، ^(٢) وفي لفظ آخر: «القاتل لا يرث»، ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كالعامد.

١٣٩٩ - مسألة: إذا كان القاتل صغيراً أو مجنوناً فإنهما يحرمان الإرث، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. ^(٣) دليلنا: أنه معنى يسقط الإرث فهو كالرق والكفر، ولأنها عقوبة تتعلق بالمال أشبه أروش الجنايات وقيم المستهلكات.

فصل: والقتل بالسبب ^(٤) يحرم الإرث كالمباشرة خلافاً لأبي حنيفة. ^(٥) دليلنا: أن ما تعلق بقتل الخطأ تعلق بالسبب كالدية وعندنا الكفارة.

١٤٠٠ - مسألة: إذا قتل الباغي العادل لم يرثه ^(٦) خلافاً لأبي حنيفة. ^(٧)

(١) جاء في بداية المجتهد: ١٧٩/٤: (واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال، فقال قوم: لا يرث القاتل أصلاً من قتله .. وقال آخرون: يرث القاتل وهم الأقل ... وفرق قوم بين الخطأ والعمد، فتأولوا: لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ إلا الدية، وهو قول مالك وأصحابه).

(٢) أخرجه الترمذي من رواية أبي هريرة: ٢٦٠/٦، كتاب الفرائض، وابن ماجه: ٩١٣/٢، ورواه الدارقطني: ٩٦/٤، والبيهقي: ٢١٩/٦، ٢٢٠.

(٣) انظر: الممتع: ٤٤١/٤.

(٤) القتل بالتسبب: وهو ما لا يباشر فيه الشخص القتل، وإنما يفعل فعلاً لا حن له فيه فيترتب عليه موت مورثه كمن يحفر بئراً في مكان غير مملوك له بدون إذن صاحبه فيقع فيه المورث فيموت).

(٥) يرى الأحناف أن القتل بالتسبب لا يوجب قصاصاً ولا كفارة ولا يتعلق بفعله إثم القتل، ومن ثم فإن القاتل لا يحرم من الميراث، وكذلك الصبي والمجنون. راجع: البحر الرائق: ٣٢٩/٨، وفتح القدير: ٢١٢/١٠.

(٦) جاء في المغني: ١٥٢/٩: (قال أحمد: إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال، فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبدالله: لا يرث العادل الباغي، ولا يرث الباغي العادل.. وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ... انظر: الحاوي للموارد: ٢٤٣/١٠).

(٧) جاء في تبیین الحقائق: ٢٤٠/٦: (والقتل الذي يمنع الإرث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة، وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو قصاص لا يوجب الحرمان لأن حرمان الإرث عقوبة فيتعلق بما يتعلق به العقوبة وهو القصاص أو الكفارة، والشافعي يعلقه بمطلق القتل حتى لا يرث عنده إذا قتله بقصاص أو رحم أو كان القريب قاضياً فحكم بذلك أو شاهداً فشهد به، أو باغياً فقتله.. كل ذلك يمنع الإرث عنده، وهذا لا معنى له...).

دليلنا: أنه قتل بغير حق أشبه غير الباغي.

فصل: فإن قتل العادل الباغي ورثه وكذلك كل قتل بحق كالقصاص والدافع عن نفسه والإمام بحق ثبت عنده هذا هو المنصوص عن أحمد،^(١) وبه قال أبو حنيفة، واختلف أصحاب الشافعي،^(٢) فمنهم من قال: إن كل قتل مضمون بالدية والكفارة لا يتورثان فيه، ومنهم من قال: كل قتل يمنع، ومنهم من قال: أن دخله تهمة منع كالإمام يقتل بالشهادة على ردة أو قصاص هاهنا يتهم، فإن قتله بإقرار ورثه. دليلنا: أن أحكام القتل هاهنا منتفية من المأثم والقصاص والكفارة والدية فيجب أن تنتفي حرمان الإرث.

١٤٠١ - مسألة: من غمى موته بغرق أو هدم ونحوهما يرث بعضهم من بعض من تلاد ماله لا من طارفه،^(٥) خلافاً لأكثرهم في قولهم: مال كل واحد للأحياء

(١) جاء في التوضيح: ٩١٦/٢: (كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة عمداً أو خطأً بمباشرة أو سبب يمنع القاتل الميراث وما لا يضمن بشيء كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه، وقتل العادل الباغي وعكسه أو أدب ولده أو سقاه دواء أو فصدته أو بط سلعته - خراج يحدث في الحسم ويكون قدر الحمصة أو أكبر - لحاجة فلا يمنع الميراث).

(٢) جاء في روضة الطالبين: ٣٢٦/٦: (القسم الثاني: ما لا يوصف بأنه مستحق مقصود كقتل الصائل الباغي ففيه خلاف، مرتب على القصاص وأولى بالحرمان .. والباغي أولى بالحرمان من العادل).

والمذهب وظاهر نص الشافعي - رضي الله عنه - في الصور كلها: منع الإرث .. قال الروياني: لكن الفياس والاختيار أن ما لا ضمان فيه لا يمنع).

(٥) إذا مات شخصان في حادثة ولم يعلم السابق منهما .. أو لم يعلم هل ماتا معاً أم لا؟ .. هذه مسألة خلافية بين الفقهاء -

القول الأول: لأبي بكر وعمر وزيد بن ثابت والحنفية والمالكية والشافعية: أن بعضهم لا يرث من بعض ولكن ميراث كل منهم لورثته الأحياء، لأن كل أمرين حدثا ولم يعرف التاريخ بينهما فإنهما يجعلان كأنهما حدثا معاً .. والشرط في التوريث بقاء الوارث حياً بعد موت مورثه ... والشرط مفقود ومن ثم لا توارث بينهما.

القول الثاني: ذهب عبدالله بن مسعود والحنابلة: إلى أن كل واحد منهم يرث من تلاد مال الآخر إن وجد سبب الإرث، ولا يرث من طريق ماله، لأن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت .. فقال: يرث بعضهم بعضاً. انظر: المغني: ١٥٤/٩.

من ورثته. دليلنا: أنه مروي عن عمر وعلي، ولأن الغالب أنه لا يتفق موتهما معاً، ولا بد أن يتقدم بعضهم على بعض فاعتبر الغالب، ولم يكن تقديم أحدهما بأولى من الآخر، فورثنا كل واحد منهما من صاحبه.

١٤٠٢ - مسألة: في زوج وأبوان أو زوجة وأبوان للأم ثلث الباقي^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال ابن عباس: للأم ثلث الأصل. دليلنا: أنهما ذكر وأنثى لو انفردا كان المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، كذلك إذا دخل معهما ذو فرض كالأولاد والأخوة والأخوات.

١٤٠٣ - مسألة: الأخوات مع البنات عسبة، وبه قال أكثرهم، وقال ابن عباس: يسقطون. دليلنا: قول ابن مسعود «في مثل ذلك لأقضين بقضاء رسول الله ﷺ: للبنات النصف، ولبنات الإبن السدس، وما بقي للأخت»^(٢)، ولأن ما بقي من فرض البنات يستحقه ولد الأب دون العم كما لو كان ولد الأب ذكراً.

(١) هذه المسألة تسمى بالمسألة الفراوية لشهرتها، ولها صورتان :-

أ) أن ينحصر الميراث في الأب والأم والزوج.

ب) أن ينحصر الميراث في الأب والأم والزوجة.

فالأم في هاتين الصورتين تأخذ ثلث الباقي بعد نصيب أحد الزوجين، هذا هو مذهب جمهور الفقهاء، وقد استدلوا على ذلك بقضاء عمر.

وهناك رأيان آخران يخالفان الجمهور:

أ) الأم لها ثلث التركة كلها، لأن النص الكريم ظاهر في أنه إذا لم يكن فرع وارث ولا جمع من الأخوة والأخوات يكون نصيبها الثلث.

ب) الأم تأخذ ثلث الكل إذا كان الزوجين هو الزوجة وتأخذ ثلث الباقي إذا كان أحدهما هو الزوج. انظر: شرح السراجيه: ص ١٣٢، الفتاوي الهندية: ٤٤٩/٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢٤٧٧/٦، وأبو داود في سننه: ١٢٠/٣، والترمذي في الجامع الصحيح: ٤١٥/٤، وابن ماجه في سننه: ٩٠٩/٢.

١٤٠٤ - مسألة: تُعال^(١) المسائل عند ضيق الفرائض، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لابن عباس وأهل الظاهر. دليلنا: أن الفروض إذا ضاقت أدخل النقص على جميعهم كالوصايا والمدائيات.

١٤٠٥ - مسألة: يرث من الجدات ثلاثة،^(٣) وبه قال الأوزاعي، وقال مالك وداود: جدتان،^(٤) وقال أبو حنيفة والشافعي: يرثن وإن كثرن. دليلنا: ما روى النخعي أن النبي ﷺ: «أطعم من الجدات ثلاثاً السدس جدتي أباك وجدة أمك». ^(٥)

١٤٠٦ - مسألة: الجدة من قبل الأب ترث مع وجود الأب^(٦) خلافاً لأكثرهم وإحدى الروایتين، وجه الأولى: وهي اختيار الخرقى قول ابن مسعود: ورث رسول الله ﷺ جدة وابنها حي^(٧) ولا يحمل على العم، أو أنه كافراً لأنه أخرجه مخرج الإحتجاج على مذهبه، وأيضاً فإنه ابنها فهو كالعم.

(١) العول، والعويلة، والعويل: لغة: رفع الصوت بالبكاء .. فالعويل الميل، ويقال: عالت الفريضة إذا ارتفعت وهي أن تزيد سهامها فيدخل النقص على أهل الفرائض. وفي الاصطلاح الفرضيين: زيادة في السهام ونقص في الأنصبة. وأول من حكم بالعول هو سيدنا عمر - رضي الله عنه - . انظر: القاموس المحيط: ٢٢/٤، ومختار الصحاح: ص ٤٤١، والمعجم الوسيط: ٦٤٣/٢، والمغني والشرح الكبير: ٣٢/٧، شرح السراجية: ص ١٩٤، حاشية الطحاوي: ٣٩٢/٤.

(٢) جاء في الكافي: ٥٤٠/٢، ومعنى العول: نقص الفروض لازدحامها وضيق المال عنها وقسمته بينهم على قدر فروضهم، وطريق العمل فيها أن نأخذ لكل ذي فرض فرضه من أصل مسألته، ثم نجمع السهام كلها فنقسم المال عليها (...).

(٣) جاء في المستوعب: ٥٣٣/٣: (مذهب إمامنا أحمد - رحمه الله - أنه لا يرث من الجدات إلا ثلاث: أم الأم، وأم الأب، وأم الجد أبي الجد، ومن كان من أمهاتهن وإن علت).

(٤) جاء في بداية المجتهد: ١٦٦/٤: (وأجمعوا على أن للجددة أم الأم السدس مع عدم الأم، وأن للجددة أم الأب عند فقد الأب السدس، فإن اجتمعا كان السدس بينهما).

(٥) انظر: سنن الدارمي: ٣٥٨/٢، والسنن الكبرى للبيهقي: ٢٣٦/٦، والدارقطني: ٩١/٤.

(٦) انظر: المغني: ٦٠/٩.

(٧) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٢٦/٦.

١٤٠٧ - مسألة: القربى من جهة الأب لا تسقط الجدة البعدى من جهة الأم^(١)

خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي^(٢) وظاهر كلام الخرقي. دليلنا: أن الأب لا يسقط الجدات من قبل الأم فمن أدلى به أولى وعكسه الأم.

١٤٠٨ - مسألة: الجد^(٣) لا يسقط الإخوة والأخوات، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي

حنيفة وداود والمزني. دليلنا: أن الأخ ذكر يعصب أخته فهو كالإبن، ولأن الأخت يفرض لها النصف فهي كالبنات.

١٤٠٩ - مسألة: المرتد لا يورث^(٣)، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: ماله

(١) جاء في الكافي: ٥٣٣/٢: (وإن كانت بعض الجدات أقرب من بعض، فالميراث لأقربهن، لأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم، وكذلك سقط بها، فإذا اقترب بعضهن، أسقطت البعدى كما لو كانت القربى من جهة الأم.

وعنه: أن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب .. والقربى من جهة الأب لا تسقط البعدى من جهة الأم، لأنها تدلى بمن لا يسقطها وهو الأب فأولى أن لا تكون هي مسقطه لها).

(٢) جاء في المهذب: ٨٦/٤: (فإن اجتمعت جدتان متحاذيتان كأم الأم وأم الأب فالسدس بينهما، فإن كانت إحدهما أقرب نظرت، فإن كانتا من جهة واحدة ورثت القربى دون البعدى، لأن البعدى تدلى بالقربى فلم ترث معها كالجد مع الأب، وأم الأم مع الأم، وإن كانت القرب من جهة الأب والبعدى من جهة الأم ففيه قولان، أحدهما: أن القربى تحجب البعدى، لأنهما جدتان ترث كل واحد منهما إذا انفردت فحجبت القربى منهما البعدى. والثاني: لا تحجبها، وهو الصحيح، لأن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم، فلأن لا تحجبها الجدة التي تدلى بها أولى).

(٣) مسألة الجد مع الأخوة مسألة شائكة اختلف الفقهاء فيها على أقوال:

القول الأول: أن الجد يحجب الأخوة كما يحجبهم الأب، وبهذا قال أبو بكر وثلاثة عشر صحابياً، وأخذ به أبو حنيفة والإمام أحمد في قول، وبه قال شيخ الإسلام ابن تيمية.

القول الثاني: أن الإخوة الأشقاء والإخوة لأب لا يحجبهم الجد بل يرثون معه، وبهذا قال علي وابن مسعود وزيد بن ثابت، وبه أخذ الشافعي وأحمد في الرواية المشهورة وأبو يوسف ومحمد. راجع: فتح الغريب: ٤٦/١، وإعلام الموقعين: ٢٣٢/١، والمستوعب: ٥٢٧/٣.

(٣) جاء في بداية المجتهد: ١٧٠/٤: (وأما مال المرتد إذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز: هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته، وبه قال مالك والشافعي، وهو قول زيد من الصحابة. وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين، وكثير من البصريين: يرثه ورثته من

لورثته المسلمين، وفيه رواية ثالثة : لأهل دينه الذي اختاره. وقال أبو حنيفة : ما ورثه في إسلامه لورثته المسلمين والباقي فيئاً. دليلنا : أنه لا يرث بحال فلا يورث كالمكاتب.

١٤١٠ - مسألة : لا يشارك ولد الأبوين لولد الأم في فرضهم، وبه قال أبو حنيفة^(١) خلافاً لأكثرهم في قولهم : إذا لم يبق لهم شيء شاركوهم. دليلنا : أنهم عصبه أشبه ولد الأب.

١٤١١ - مسألة : يورث المجوسي بالقرايتين، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم بأقوى القرايتين^(٢). دليلنا : إنه شخص اجتمع فيه معنيان لو تفرقا في نفسين ورث كل واحد منهما، أشبه ابني عم أحدهما زوج أو أخ لأم.

المسلمين، وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلي - رضي الله عنهما - . وجاء في المغني : ١٥٩/٥ : (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث، لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحداً، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي) هذه المسألة تسمى في علم الفرائض بأسماء متعددة منها : المشتركة أو المشتركة، والحجرية والحمارية واليمية.

وضابطها : زوج يرث النصف، وأم ترث السدس، وأخوة لأم يرثون الثلث، وأخوة أشقاء ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً..

ولقد حدث خلاف بين الفقهاء على أقوال : (أ) عدم التشريك، وبه قال عمر وعلي وأبي بن كعب وزيد وأبو حنيفة وأحمد وأحد قولي الشافعي. (ب) التشريك بين الأخوة لأم والأشقاء في الثلث بالسوية بينهم، وبها قال عمر وعثمان، وبه قال مالك والمشهور عن الشافعي. انظر : فتح القريب المجيب : ٦٠/١، العذب الفائض : ١٠١/١، والفوائد الشنشورية في شرح الرحبية : ص ١٢١.

(٢) جاء في المستوعب : ٥٥٧/٣ : (وإذا أسلم المجوس وبينهم موارث لم تقسم ، أو تحاكموا إلينا وهم على دينهم فالثابت عن إمامنا أحمد : أن كل من اجتمعت فيه منهم قرايتان يرث بكل واحدة إذا انفردت ولا تسقط إحداهما الأخرى، فإنه يرث بهما جميعاً.. وقد نقل عنه حنبل أنه ورثهم بأثبت القرايتين، وأنكره صاحبنا أبو بكر، وقال : لم يحك حنبل عن أحمد لفظاً .. ومعنى أثبت القرايتين : أن تكون إحدى القرايتين يورث بها مع ما يسقط الأخرى).

١٤١٢ - مسألة: ولد الملاعنة عصبته عصبه أمه وهو اختيار الخرقى،^(١) وفيه رواية أخرى: عصبته أمه، وهي اختيار أبي بكر. وقال أبو حنيفة: ماله لأمه بفرض ورد، وقال أكثرهم: ما فضل عن سهم أمه فلبيت المال. دليلنا: قوله ﷺ: «عصبه أمه عصبته»،^(٢) ولأنه لما كان موالى أمه موالى له عند عدم موالى الأب كذلك التعصيب.

١٤١٣ - مسألة: إذا أسلم على يدي رجل وعاقده ووالاه لم يستحق إرثه،^(٣) وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(٤) ورواية ابن منصور عن أحمد، وعنه رواية ثالثة: بمجرد الإسلام يستحق الإرث وجه الأولى: قوله ﷺ: «لا حلف في الإسلام»،^(٥) ولأنه لا يرث مع المناسب فلا يرث بحال كالرضيع.

١٤١٤ - مسألة: إذا أسلم على تركة قبل القسمة ورث^(٦) خلافاً لأكثرهم وإحدى

(١) جاء في الأماني: ١١٤/٩: (وابن الملاعنة ترث أمه وعصبته.. وجملة ذلك، أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفَى ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها وانقطع تعصبه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصبته وترثه أمه وذوو الفروض منه فروضهم).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٥٩/٦، والدارمي في سننه: ٤٦٠/٢.

(٣) قال ابن قدامة في المغني ٢٥٥/٩: (وإن عاقد رجل رجلاً، فقال: عاقدتك على أن ترثني وأرثك وتعقل عني وأعقل عنك، فلا حكم لهذا العقد، ولا يتعلق به إرث ولا عقل، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هو عقد صحيح).

(٤) جاء في مختصر اختلاف الفقهاء: ٤٤٥/٤: (قال أصحابنا: من أسلم على يد رجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له فميراثه له).

(٥) أخرجه البخاري: ٢٢٥٨/٥، ومسلم: ١٩٦٠/٤، وأبو داود: ١٢٩/٣، وأحمد في مسنده: ٢٨١/٣.

(٦) جاء في الكافي: ٥٥٦/٢: (ومن أسلم على ميراث قبل أن يقسم، قسم له، لما روي عن النبي ﷺ: «من أسلم على شيء فهو له». أخرجه سعيد، وعنه: لا يقسم له، لأن المانع من الإرث وجد حين وجد السبب وهو الموت، فمنع من الإرث كالرق).

الروایتین. ^(١) دليلنا: أن أم زيد ابن أبي قتادة ماتت فأسلم بعض أولادها، فسأل عثمان الصحابة عن ذلك... فقالوا: يرثون. ولأن الشافعي قد قال: من مات ولا وارث له ورث منه من أسلم بعد موته، وكذلك أبو حنيفة: يورث الحمل من الحربية إذا مات أبوه في دار الإسلام، وفي تلك الحالة كان كافراً لا يصح استرقاق عبده كذلك هاهنا.

١٤١٥ - مسألة: لا يرث السقط إذا لم يستهل صارخاً وإن تحرك وتنفس إلا أن يطول، وبه قال مالك ^(٢) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «إذا لم يستهل صارخاً لم يرث ولم تتم ديته»، ^(٣) ذكره ابن حامد في كتابه، ولأنه لم يوجد ما تبقى معه الحياة أشبه إذا لم يتنفس.

(١) جاء في الحاوي: ٢٣٨/١٠: (فأما قوله ﷺ: «من أسلم على شيء فهو له» ففيه تأويلان: أحدهما: من أسلم وله مال فهو له لا يزول عنه بإسلامه. والثاني: من أسلم قبل الموت. رغبة في الميراث فهو له.

وأما حديث ابن عباس فمعناه: أن المشركين إذا ورثوا ميراثهم ثم اقتسموه في جاهليتهم كان على قسمتهم، ولو أسلموا قبل قسمته اقتسموه على قسمة الإسلام» والله أعلم.

(٢) هذه المسألة حدث فيها خلاف في مذهبن وفي غيره، فجاء في المغني: ١٨٠/٩ وما بعدها: (فالمشهور عن أنه لا يرث حتى يستهل، وروي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة... ومالك لأن مفهوم قول النبي ﷺ: «إذا استهل المولود ورث». أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الفرائض، باب في المولود يستهل ثم يموت: ١٢٨/٣ رقم ٢٩٢٠، لأنه لا يرث بغير الاستهلال، وفي لفظ أنه قال في الصبي المنفوس: «إذا وقع صارخاً فاستهل، ورث وتمت ديته، وسمى، وصلى عليه، وإن وقع حياً ولم يستهل صارخاً، لم تتم ديته، وفيه غرة عبد أو أمة على العائلة»، ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي، والحركة تكون من غير الحي، فإن اللحم يختلج إذا خرج من مكان ضيق.

وروي يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال: يرث السقط ويورث إذا استهل، فقليل له ما استهلاله...؟ فقال: إذا صاح أو عطس أو بكى... وعن أحمد رواية ثالثة: إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث. وانظر: معونة أولى النهي: ٢٢٩/٨ - ٢٣٠.

(٣) انظر: إرواء الغليل: ١٤٧/٦.

١٤١٠ - مسألة: يعزل للحمل سهم ذكرين ، وبه قال محمد بن الحسن،^(١) وقال أبوحنيفة: أربعة ذكور، وقال الشافعي: توقف التركة.^(٢) دليلنا: أن ما زاد على ما ذكرنا نادر فلا حكم له كالخامس، ونخص الشافعي بأنه لما لم يمنع الحمل ذا السهم كذلك العصبه.

١٤١٧ - مسألة: الخنثى المشكل يستحق نصف ميراث ذكر ونصف ميراث^(٣) أنثى، وبه قال الثوري وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة: سهم أنثى،^(٤) وقال الشافعي: يعطى اليقين من السهمين ويوقف الباقي.^(٥) دليلنا: أنه إذا أشكل الأمر رجع إلى أوسط الأمور كما لو تداعيا شيئاً في أيديهما.

(١) إذا مات شخص ومن بين ورثته حمل وطلب الورثة الذين معه أو بعضهم قسمة التركة أجبوا لذلك دفعا للضرر عن الورثة الحاصل بتأخير القسمة. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد. وقد اختلفوا في الذي يوقف للحمل:

أ - قال الليث وأبو يوسف: يوقف نصيب غلام.

ب - قال أحمد: نصيبه اثنين.

ج - قال أبو حنيفة والشافعي: نصيب الأربعة.

جاء في الممتع: ٣٩٠/٤ قال المصنف: (إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقية الورثة بالقسمة وقف له نصيب ذكرين إن كان نصيبهما أكثر، وإلا وقفت نصيب اثنتين).

(٢) جاء في الحاوي: ٣٦٧/١٠: (ومذهب الشافعي: أنه يوقف سهم من يشارك الحمل في ميراثه حتى يوضع، فيتبين حكمه، ولا يدفع إليهم شيء إذا لم يتقدر أقل من فروضهم، لأن عدد الحمل غير معلوم على اليقين، والميراث لا يستحق بالشك).

(٣) جاء في التمهيد: ٩٠٦/٢: (فإن مات أو بلغ بلا إمارة، أعطي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى). انظر: الإنصاف: ٣٤٢/٧.

(٤) جاء في المبسوط: ٩٢/٣٠: (اختلف العلماء - رحمهم الله - في حكم الخنثى المشكل في الميراث فقال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وهو قول أبي يوسف الأول: يجعل هو في الميراث بمنزلة الأنثى إلا أن يكون أسوأ حاله أن يجعل ذكراً فحينئذ يجعل ذكراً).

(٥) جاء في المهذب: ١٠٠/٤: (وإن لم يعرف فهو الخنثى المشكل وورث ميراث أنثى، فإن كان أنثى وحده ورث النصف، فإن كان معه ابن ورث الثلث وورث الابن النصف، لأنه يقين ووقف السدس، لأنه مشكوك فيه).

١٤١٨ - مسألة : ويورث من حيث يبول، فإن بال منهما حكم بالكثرة خلافاً لأبي حنيفة^(١)، ووافقنا أصحابه. دليلنا: أن كثرة البول تدل على أنه هو المجرى في الأصل، كما أن السابق منهما يدل على ذلك فوجب الحكم به.

١٤١٩ - مسألة : المعتق بعضه يرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية^(٢)، وقال مالك: لا يرث ولا يورث^(٣)، وقال الشافعي: لا يرث وهل يورث أم لا ؟ على قولين، وأبو حنيفة يحكم بعق جميعه بالسعاية فلا يتصور معه الخلاف. دليلنا. ما روى أبو بكر بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال : «العبد يعتق بعضه يرث ويورث على قدر ما فيه من الحرية»^(٤)، ذكره في كتاب الخلاف. ولأنه يُرث فورث كالحر، وعكسه القن^(٥) والمكاتب والمدير وأم الولد، ولأنها جهة من جهات التملك أشبه البيع والهبة والوصية.

١٤٢٠ - مسألة : الأنبياء لا يورثون، وبه قال الفقهاء خلافاً للرافضة^(٦). دليلنا:

(١) جاء في المستع: ٣٩٩/٤: (وهو الذي له ذكر وفرج امرأة فيعتبر بمباله. فإن بال أو سبق بوله من ذكره فهو رجل، وإن سبق من فرجه فهو امرأة، وإن خرجا معاً اعتبر أكثرهما، فإن استويا فهو مشكل).

(٢) جاء في الإنصاف: ٣٧٠/٧: (فأما المعتق بعضه فما كسب بجزئه الحر فلورثته، ويرث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية، وهو من مفردات المذهب).

(٣) جاء في بداية المجتهد: ٤٢٢/٢: (قال مالك: ولا يورث من فيه الرق حتى يخرج جميعه من حال الرق إلى حال الحرية).

(٤) أخرجه النسائي في باب دية المكاتب من كتاب القسامة. انظر: المجتبى: ٤١/٨ بنحوه.

(٥) قال ابن سيده: العبد القن: الذي ملك هو وأبواه. انظر: لسان العرب: ٣٤٨/١٣.

(٦) لقد اتفقت كلمة فقهاء الصحابة والتابعين، وأصحاب المذاهب التي يعتد بها على أن الأنبياء والرسل لا يورثون، وما تركوه من أموالهم بعد موتهم - إن تركوا شيئاً - فهو صدقة بعد نفقة آل كل منهم إلا ما يروى عن بعض الشافعية من الأنبياء يرثون ولا يورثون. انظر: حاشية ابن عابدين: ٧٦٩/٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٢٩٧، وإعانة الطالبين: ٢٣٣/٣، ونهاية المحتاج: ٢٩/٦.

ما روى أحمد بإسناده عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركت بعد مؤونة عاملي ونفقة نسائي صدقة»^(١)، وأيضاً فإن العادة جارية أن الإنسان يحمله الفقر على التمني لموت موروثه فنزله ورثة الأنبياء عن ذلك.

(١) مسند أحمد: ٤٦٣/٢.

مسائل الولاء^(١)

١٤٢١ - مسألة: إذا أعتق عبده سائبة لم يثبت له عليه الولاء،^(٢) وكان ولاؤه يصرف في الرقاب، وبه قال مالك، وقال أكثرهم: الولاء للمعتق. دليلنا: أن المسلمين جهة تصح الوصية لهم فصح العتق عنهم على الصفة التي تصح الوصية لهم كالمعنيين، وبيانه: أن الوصية لجماعة المسلمين لا تحتاج إلى قبول، كذلك العتق عنهم، ولأنه أعتقه سائبة فلا يرثه كما لو اختلف دينهما، وهذا مركب الأصل.

١٤٢٢ - مسألة: إذا أعتق عن غيره بغير إذنه كان الولاء للمعتق، ذكره الخرقي، وبه قال أكثرهم،^(٣) وقال مالك: للمعتق عنه.^(٤) دليلنا: أن شروعه في العتق عن الغير تمليكاً منه لمعين [.....].^(٥)

١٤٢٣ - مسألة: إذا أعتق عن واجب كالكفارة ونحوها لم يكن له الولاء خلافاً

(١) الولاء لغة: السلطة والنصرة، ويطلق على القرابة، ويطلق على الملك أيضاً. واصطلاحاً: عصبية سببها نعمة المعتق على رفيقه بالمعتق. انظر: المصباح المنير: ٦٧٢/٢، ولسان العرب: ٤١٠/١٥.

(٢) جاء في التوضيح: ٩٢١/٢: (ومن أعتق سائبة، فله عليه الولاء، وعنه: لا ولاء له عليه، اختاره الأكثر).

(٣) جاء في الممتع: ٥٤٢/٤: (ومن أعتق عبده عن ميت أو حي فولأؤه للمعتق). أما كون الولاء للمعتق فيما إذا أعتق عبده عن غيره بلامره فلا أنه معتق فدخل في قوله ﷺ: «وإنما الولاء لمن أعتق».

(٤) جاء في المدونة الكبرى: ٥٥٨/٢: (قلت: أرأيت إن أعتقت عن رجل عبداً بأمره أو بغير أمره لمن الولاء في قول مالك؟ قال مالك: الولاء للمعتق عنه. قلت: وسواء إذا كان المعتق عنه حياً أو ميتاً فهو سواء، وولاء هذا المعتق للذي أعتق عنه في قول مالك. قال: نعم).

(٥) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

لإحدى الروایتین ولأكثرهم^(١) وجه الأولى : وهي اختيار الخرقی وأبی بكر : أنه عتق واجب أشبه إذا اختلف دينها، ولأن الولاء منفعة فلا تثبت في العتق المستحق كالخدمة.

١٤٢٤ - مسألة : إذا أعتق المسلم عبداً كافراً ثم مات العبد ورثه سيده^(٢) بالولاء خلافاً لأكثرهم^(٣) دليلنا : ما روي عن علي وابن عمر وجابر أنهم قالوا : « لا يرث المسلم الكافر إلا أن يكون عبده أو أمته »^(٤) وروي : أو مكاتبه، ولأنه من حقوق الملك فلا ينافيه اختلاف الدين كولاية النكاح، ولأنه عتق أثبت الولاء فثبت الإرث كما لو اتفق دينهما.

١٤٢٥ - مسألة : الجد لا يجر الولاء، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى : يجر،^(٥) وبه قال مالك، وعن أصحاب الشافعي : كالمذهبيين^(٦) وجه الأولى : أنه يدلي بأبيه فهو كالعم.

(١) جاء في الممتع : ٤/٤٥٠ : (ومن أعتق سائبة أو في زكاته أو نذره أو كفارته ففيه روايتان، أحدهما : له عليه الولاء... والثانية : لا ولاء له عليه...).

(٢) جاء في الكافي : ٥٦٨/٢ : (وإن أعتق مسلم كافراً، أو كافراً مسلماً، ثبت له الولاء للخبر... وهل يرث به ؟... فيه روايتان...).

(٣) جاء في حلية العلماء : ٨٣١/٢ : (إذا أعتق كافر مسلماً ثبت له عليه الولاء وإن لم يرثه. وحكى أصحابنا عن مالك أنه قال : لا يثبت له عليه الولاء).

(٤) قال ﷺ : « لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته ». أخرجه النسائي في السنن الكبرى : ٨٣/٤، والبيهقي في السنن الكبرى : ٢١٨/٦، والدارقطني في السنن : ٧٤/٤، والحاكم في المستدرک : ٣٨٣/٤.

(٥) جاء في المغني ٢٣١/٩ : (فإن لم يعتق الأب، ولكن عتق الجد، فقال أحمد : الجد لا يجر الولاء ليس هو كالأب، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبا، وعن أحمد أنه يجره .. والشافعي في أحد قوله).

(٦) جاء في حلية العلماء : ٨٣٠/٢ : (فإن أعتق جد الولد دون أبيه ففي ولائه ثلاثة أوجه : أحدهما : أنه يجر الولاء إلى مولى الجد وهو قول مالك.

والثاني : أنه لا يجر إليه وهو قول أبي حنيفة.

والثالث : أن الأب إن كان حياً لم يجر الولاء وإن كان ميتاً يجر.

١٤٢٦ - مسألة : إذا ترك جد معتقه وأخا معتقه فالولاء نصفان، وقال مالك : هو للأخ، وقال الشافعي : كالمذهبين، وقال أبو حنيفة : للجد. ^(١) دليلنا : أنه سبب يستحق به الإرث فلا يسقط الأخ بالجد كالنسب.

١٤٢٧ - مسألة : فإن ترك أبا معتقه وابنه فلأب السدس والباقي لابن معتقه، ^(٢) وبه قال شريح، والأوزاعي، والنخعي، وإسحاق، وأبو يوسف ، وقال أكثرهم : يسقط الأب. دليلنا : قوله ﷺ : « الولاء لحمه كلحمة النسب »، ^(٣) ولأنه سبب يستحق به الميراث أشبه النسب.

١٤٢٨ - مسألة : إذا تزوج حر لا ولاء عليه معتق لقوم، فلا ولاء على أولاده، وبه قال أكثرهم ^(٤) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : عليهم الولاء إلا أن يكون الأب عربياً. دليلنا : أن الاستدامة أقوى من الابتداء بدلالة أن الردة والعدة لا ينافيان استدامة النكاح وينافيان الابتداء، ثم حرية الأب تمنع استدامة الولاء، فأولى أن يمنع ابتداءه.

(١) قال ابن قدامة : (وإن خلف أخا معتقه، وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين .. وبهذا قال عطاء والليث .. وهو قول الشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد .. والذين نزلوا الجد أبا حيلوا الجد أولى وورثوه وحده .. وروي عن زيد أن المال للأخ وهو قول مالك وقول للشافعي) . انظر : المغني : ٢٤٧/٩ .

(٢) جاء في الممتع : ٤٥٦/٤ : (وأما كون الأب يرث السدس مع الابن فلأنه عصبه في الجملة وهو يرث السدس مع الابن في غير الولاء فكذلك في الولاء) .

وجاء في المغني : ٢٤٦/٩ : (وإذا مات المعتق وخلف أبا معتقه وابن معتقه فلأبي معتقه السدس ، وما بقي فللابن .. نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه) .

(٣) أخرجه الدارمي : ٣٩٨/٢ ، والبيهقي في السنن الكبرى : ٢٩٢/٢ ، والحاكم في المستدرک : ٣٤١/٤ .

(٤) جاء في المغني : ٢٣٢/٩ : (وإن كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل فلا ولاء على ولدهما .. لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً في انتفاء الرق والولاء ... وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء ...) .

كتاب النكاح^(١)

١٤٢٩ - مسألة: النكاح مستحب، وبه قال أكثرهم،^(٢) وقال داود: يجب في العمر دفعه.^(٣) دليلاً: قوله تعالى: ﴿فَانكحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ..الآية﴾.^(٤) ولو كان واجباً ما علقه بالاستطابة، ولأنه استباحة بضع فلا يجب على المستبيح كشراء الأمة.

(١) النكاح لغة: الوطء، والضم، والجمع، والتواصل. يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض.

وشرعاً: عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته. انظر: مختار الصحاح: ص ٢٧٨، ولسان العرب: ٤٥٣٧/٦، ومغني المحتاج: ١٢٣/٣، وكشاف القناع: ٣/٥.

(٢) الأصل في النكاح الإباحة، فيباح للشخص أن يتزوج لقصد التلذذ والاستمتاع. يؤيد ذلك قوله تبارك وتعالى: ﴿اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات...﴾. (المائدة: ٥).

وقد تعثر به الأحكام التكليفية الخمسة:

(أ) أن يكون مندوباً لمحتاج إليه بأن تنوق نفسه إلى الوطء، وعنده مؤمن النكاح تحصيئاً لدينه، ولما فيه من بقاء النسل.

(ب) وقد يكون فرضاً، وذلك إذا خاف الإنسان على نفسه الوقوع في الزنا، وعنده المقدرة على الزواج.

(ج) وقد يكون مكروهاً، وذلك إذا لم تتق نفسه إليه وكان عاجزاً عن مؤن النكاح أصلاً، أو لعارض لمرض.

(د) وقد يكون حراماً إذا تحقق من الوقوع في ظلم المرأة التي يرتبط بها. فقد جاء في المغني: ٣٤١/٩: (والناس في النكاح على ثلاثة أضرب، منهم من يخاف على نفسه الوقوع في محذور إن ترك النكاح، فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء. والثاني: من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور، فذا الاشتغال له به أولى من التخلي لنوافل العبادة. والثالث: من لا شهوة له، ففيه وجهان، أحدهما: يستحب له النكاح، والثاني: التخلي له أفضل).

(٣) دفعه: بالفتح؛ المرة الواحدة. انظر: لسان العرب: ٨٩/٨.

قال النووي في المجموع: ٢٩/١٦: «وحكى عن داود أنه واجب في العمر مرة واحدة».

(٤) سورة النساء: الآية رقم ٣.

١٤٣٠ - مسألة : إذا أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر منها إلى ما ليس بعورة، وبه قال أكثرهم،^(١) مع اختلافنا في حد العورة، وقال داود : ينظر ما عدا الفرج. دليلنا : أنها عورة فلا ينظرها لأجل الإنكاح كالفرج.

١٤٣١ - مسألة : لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا تزوج غيرها بوكالة،^(٢) ولا بإذن لغير وليها في نكاحها،^(٣) وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك كله، وقال مالك : لا تنكح نفسها^(٤) ولا غيرها. وهل يأذن لغير وليها في نكاحها؟ على روايات، أحدها : الجواز ، والثانية : المنع ، والثالثة : يجوز إذا كانت غير شريفة - يعني لا يعرف لها نسب. وقال داود : في البكر كمذهبنا، وفي الثيب كأبي حنيفة. دليلنا : قوله ﷺ في حديث عائشة : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »،^(٥) وفي لفظ آخر : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل »،^(٦) ولأنه عقد تصير به المرأة فراشاً، أو عقد من شرطه الكفاءة

(١) جاء في كشف القناع : ١١/٥ : (يباح لمن أراد خطبة امرأة وغلب على ظنه إيجابته النظر ويكرره ولو بلا إذن). وجاء في المذهب : ١١٤/٣ : (وإذا أراد نكاح امرأة فله أن ينظر وجهها وكفيها).

(٢) هذه مسألة خلافية بين الفقهاء، وهل يجوز للمرأة أن تتولى عقد زواجها أو زواج غيرها أم لا؟ قال الإمام النووي : واختلف العلماء في اشتراط الولي في صحة النكاح، فقال مالك والشافعي : يشترط ولا يصح نكاح إلا بولي، وقال أبو حنيفة : لا يشترط في الثيب ولا في البكر البالغة، بل لها الحق في تزويج نفسها بغير إذن وليها. وقال أبو ثور : يجوز أن تزوج نفسها بإذن وليها ولا يجوز بغير إذنه.. وقال داود : يشترط الولي في تزويج البكر دون الثيب. انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ٥٧٦/٣.

(٣) جاء في المغني : ٣٤٥/٩ : (أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويجها نفسها ولا غيرها ولا توكيل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح).

(٤) انظر : بداية المجتهد : ١١٧/٢ ، وفتح القدير : ٢٥٦/٣ ، وتحفة الفقهاء : ٢٢٤/٢ ، والأم : ١٢٠/٥.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه : ٢٢٩/٢ ، والترمذي في جامعه : ٤٠٧/٤ ، وابن ماجه في سننه : ٦٠٥/١ ، وأحمد في مسنده : ٢٥٠/١ ، والحاكم في المستدرک : ١٨٦/٢.

(٦) أخرجه أبو داود : ٤٨١/١ ، والترمذي : ٢٢٧/٤ ، وابن ماجه : ٦٠٥/١ ، والحاكم : ١٦٨/٢ ، وأحمد : ٦٦/٦.

أو الشهادة أشبه العقد على الصغيرة والمجنونة والأمة وعلى الشريفة والبكر.

١٤٢ - مسألة: لا يجوز للمرأة أن تزوج معتقتها وأمتها، وهو اختيار الخرقي، وفي الأمة خاصة رواية أخرى بالجواز، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: ما تقدم في التي قبلها.

١٤٢ - مسألة: ولاية النكاح تستفاد بالوصية، وبه قال مالك خلافاً لإحدى الروایتين، ^(١) ولأكثرهم وجه الأولى: إنها إحدى الولايتين فجاز نقلها بالوصية كالولاية في المال.

فصل: ولا فرق بين أن يعين له الزوج أو لا يعين، وقال مالك: مع التعيين يملك الإجبار في حق الكبيرة والصغيرة، ومع عدمه يقف على إذنهما. دليلنا: أنه وصي فملك الإجبار كما لو عين له.

فصل: فإن كان وصياً في المال لم يملك ولاية النكاح خلافاً لإحدى الروایتين عن مالك. دليلنا: أنه وصى في إحدى الولايتين فلا يملك الولاية الأخرى كالوصي ذي النكاح لا يملك المال.

١٤٣ - مسألة: يملك الأب إجبار البكر البالغة على النكاح، وبه قال أكثرهم، وهو اختيار الخرقي، ^(٢) وفيه رواية أخرى: لا يملك، وبه قال أبو حنيفة، والمنصوص عن أحمد: في بنت تسعة سنين لا تجبر على النكاح. دليلنا: أنها باقية على

(١) جاء في المغني: ٣٦٥/٩: (واختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها، وهو اختيار الخرقي لقوله: أو وصى ناظراً له في التزويج، وهو قول الحسن وحماد ومالك .. وعنه لا تستفاد بالوصية.

(٢) لقد حدث خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة.. فذهب الجمهور إلى أن للأب والجد أن يزوجاها قبل البلوغ بغير رضاها، لأن الولاية باقية، فوجب أن لا يشترط رضاها. انظر: الأم: ١٧/٥، والمهذب: ٣٨/٢.

بينما ذهب الحنفية إلى (أنه لا يجوز للأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح بل يزوجها برضاها). انظر: مختصر الطحاوي: ص ١٧٢، والمبسوط: ٢/٥، وتحفة الفقهاء: ٢٢٤/٢.

بكاره الأصل أشبه إذا لم تبلغ الحلم أو تسعة سنين على الرواية الأخرى.

١٤٣٥ - مسألة: النكاح لا يقف على الأجازة، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: يقف، وبه قال أبو حنيفة، وعن مالك: كالمذهبيين. دليلنا: أنه نكاح لا يملك المكلف إيقاع الطلاق فيه أشبه نكاح المعتدة والمرتدة.

١٤٣٦ - مسألة: لا ينعقد النكاح بولاية فاسق، ذكره ابن حامد،^(١) وبه قال الشافعي،^(٢) وله وجه آخر: ينعقد، وبه قال أكثرهم. دليلنا: أنها ولاية في حق الغير أشبه ولاية الحاكم، والولاية في المال.

١٤٣٧ - مسألة: إذا تزوج مسلم كتابية بولاية ابنها لم يصح النكاح^(٣) خلافاً للشافعي.^(٤) دليلنا: أن كل نكاح افتقر صحته إلى شهادة مسلمين افتقر إلى ولاية مسلم كنكاح المسلمين.

١٤٣٨ - مسألة: لا يملك الأب إجبار ابنته الثيب الصغيرة،^(٥) ذكره ابن حامد

(١) جاء في الكافي: ١٦/٣: (السادس: العدالة: فلا يلي الفاسق نكاح قريبته، وإن كان أباً في إحدى الرويتين، لأنها ولاية نظرية فنفاها الفسق كولاية المال .. والثانية: يلي، لأنه قريب ناظر فكان ولياً كالعدل، ولأن حقيقة العدالة لا تعتبر بل يكفي كونه مستور الحال، ولو اشترطت العدالة اعتبرت حقيقتها كما في الشهادة).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٨٥٥/٢: (ولا ولاية للفاسق على المنصوص .. وقيل: إن كان المولى أباً أو جداً فلا ولاية له، وإن كان غيرهما من العصابات فثبتت له الولاية مع الفسق. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: ومنهم من قال: إن كان غير محجور فثبتت ولايته، وإن كان محجوراً عليه لم تثبت ولايته، وقال أبو حنيفة ومالك: فسقه لا يمنع ولايته).

(٣) جاء في المغني: ٣٧٨/٩: (إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر يزوجه إياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي، لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافراً .. وقال القاضي: لا يزوجه إلا الحاكم، لأن أحمد قال: لا يعقد يهودي ولا نصراني عقدة نكاح لمسلم ولا مسلمة).

(٤) جاء في مغني المحتاج: ١٥٦/٣: (ويلي على الأصح المنصوص الكافر الأصلي الكافرة الأصلية .. وأنه لا فرق بين أن يكون زوج الكافرة كافراً أو مسلماً ...).

(٥) جاء في التوضيح: ٩٥٤/٢: (وللأب إجبار بناته الأبقار ولو بلغا، وثيب لها تسع سنين لا من لها تسع سنوات فأكثر).

وابن بطة، وبه قال الشافعي، وفيه وجه آخر : يملك، ذكره أبو بكر، وبه قال أبو حنيفة.^(١) دليلنا: أنها حرة سليمة موطوءة في القبل فهي كالبالغة.

١٤٣ - مسألة: إذا زهبت البكارة بزنا سقط الإجماع، ذكره ابن حامد،^(٢) وبه قال الشافعي^(٣) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: ما تقدم، ويكون أصله إذا وطئت بنكاح أو شبهة نكاح.

١٤٤ - مسألة: لا يملك الإجماع إلا الأب،^(٤) وبه قال مالك،^(٥) وقال الشافعي : والجد^(٦) أيضاً، وقال أبو حنيفة : جميع العصابات يجبرون. دليلنا: أنهم لا يملكون الولاية في المال في حال الصغر فهم كالأجانب وعكسه الأب، ونخص الشافعي : بأن الجد يدلي بغيره فهو كالعم.

١٤٤١ - مسألة: ابنة تسع سنين لها إذن في النكاح خلافاً لأكثرهم،^(٧) وفائدته

(١) جاء في تبیین الحقائق: ١١٧/٢: (وولاية الإجماع هي الولاية على الصغيرة بكرة كانت أو ثيباً، وكذلك الكبيرة المعتوهة والمروقة).

(٢) جاء في الكافي: ٢٦/٣: (والثيب هي الموطوءة في فرجها حلالاً كان أو حراماً، لأنه لو أوصى بوصية دخل فيها من ذكرناه).

(٣) جاء في روضة الطالبين: ٥٤٧/٧: (وسواء حصلت الثبوة بوطء محرم أو زنا، وحكي في القديم أن المصاية بالزنا كالبكر .. والمذهب الأول ..).

(٤) جاء في المغني: ٤٠٢/٩: (قال: وليس هذا لغير الأب ... يعني ليس لغير الأب إجماع كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره، وبه قال مالك، وأبو عبيد، والثوري، وابن أبي ليلى، وبه قال الشافعي إلا في الجد فإنه جعله كالأب).

(٥) جاء في بداية المجتهد: ٤٢/٣: (هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا؟ فقال الشافعي: يزوجه الجد أبو الأب، والأب فقط، وقال مالك: لا يزوجه إلا الأب فقط).

(٦) جاء في روضة الطالبين: ٥٣/٧: (فلأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنهما، ويستحب استئذان البالغة ولو أجبرها صح النكاح ... والجد كالأب في كل هذا ... وحكى الطناحي قولاً: أن الجد لا يجبر البكر البالغة واختاره ابن القاضي ... والمشهور الأول).

(٧) جاء في المغني: ٤٠٤/٩: (وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان، إحداهما: أنها كمن لم تبلغ تسعاً. نص عليه في رواية الأثرم، وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ... والرواية الثانية: حكمها حكم البالغة. نص عليه في رواية أبي منصور لمفهوم الخبر).

عندنا: أن اليتيمة إذا بلغت تسعاً وقف نكاحها على إذنهما. دليلنا: أنها بلغت حالة يصح فيها الحيض فهي كإبنة خمسة عشر أو سبعة عشر على أبي حنيفة.

١٤٤٢ - مسألة: الشهادة شرط في صحة النكاح،^(١) وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروايتين، ولمالك^(٢) وداود. دليلنا: ما تقدم من قول عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»،^(٣) ولأنه نكاح بغير شهادة فلا يصح كما لو تواصلوا بكتمانه.

١٤٤٣ - مسألة: التواصي بكتمان النكاح لا يبطله، وبه قال أكثرهم،^(٤) وهكذا الرجعة، وفي الرجعة رواية أخرى: لا يصح مع الكتمان فيتخرج مثله في النكاح، وأنه لا يصح، وبه قال مالك وجه الأولى: أنه عقد من العقود أشبه البيع.

١٤٤٤ - مسألة: ينعقد النكاح بشهادة فاسقين،^(٥) وبه قال الشافعي^(٦) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن كل شاهدين لا يثبت بهما نكاح لا ينعقد بهما، كالعبدین والكافرين، ولأنها أحد حالتي النكاح فهي كحالة الأداء.

(١) جاء في الكافي: ٢١/٣: (الشرط الثاني من شرائط النكاح أن يحضره شاهدان .. لما روى عن عائشة عن النبي ﷺ قال: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج والشاهدان». وعن أحمد أن الشهادة ليست شرطاً فيه ...).

(٢) انظر: المدونة الكبرى: ١٢٧/٢.

(٣) سبق تخريجه في المسألة رقم (١٤٣٢).

(٤) قال ابن قدامة: (لو عقده بولي وشاهدين فأسروه أو تواصلوا بكتمانه كره ذلك، وصح ذلك) انظر: المغني: ٤٦٩/٩.

(٥) جاء في المغني: ٣٤٩/٩: (فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان .. إحداهما: لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر، ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما. والثانية: بنعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة).

(٦) جاء في المذهب: ١٣٧/٣: (ولا يصح إلا بعدلين).

١٤٤٠ - مسألة: لا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين،^(١) وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأحد الروایتين ولأبي حنيفة، دليلنا: أنه ليس بمال ولا يقصد منه المال، فهو مما يطلع عليه الرجال أشبه القتل ولا يلزم العتاق، لأنه كمسألتنا على أحد الروایتين.

١٤٤١ - مسألة: إذا تزوج مسلم كتابية بشهادة كتابيين لم ينعقد،^(٣) وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٤) دليلنا: أنه لا ينعقد بهما نكاح مسلمين فهما كالصبيين.

١٤٤٢ - مسألة: يجبر السيد على إعفاف عبده إذا طلب خلافاً^(٥) لأحد قولي الشافعي ولأكثرهم. دليلنا: أنه مكلف طلب النكاح لحاجته، فهو كالمحجور عليه لسفه.

١٤٤٣ - مسألة: يلزم الإبن أن يعف أباه إذا طلب، وفيه رواية أخرى: لا يلزم،^(٦) وبه قال أكثرهم، وعن الشافعي كالمذهبيين وجه الأولى: أنه قوام العالم فهو كالنفقة.

(١) جاء في المغني: ٣٤٩/٩: (ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين، وهذا قول النخعي، والأوزاعي، والشافعي. وعن أحمد أنه قال: إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز، فإن كان معهن رجل فهو أهون).

(٢) جاء في حلية الفقهاء: ٨٦٣/٢: (ولا ينعقد النكاح ولا يثبت إلا بشهادة ذكرين).
(٣) جاء في الكافي: ٢٢/٣: (ويشترط في الشهود... الخامس: الإسلام، ويتخرج أن ينعقد نكاح المسلم للذمية بشهادة ذميين بناءً على قبول شهادة بعضهم على بعض... والأول: المذهب لقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي وشهادي عدل». انظر: المغني: ٣٤٩/٩).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ١٣٧٨/٣: (وأما المسلم إذا تزوج ذمية بشهادة ذميين، فإنه يجوز في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف سواء أكانا موفقين في الملة أو مخالفين.. وقال محمد وزفر والشافعي: لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين).

(٥) جاء في المغني: ٤٢٤/٩: (والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامي).

(٦) جاء في روضة الطالبين: ٢١٤/٧: (المشهور أنه يلزم الولد إعفاف الأب، وخرج ابن خيران قولاً أنه لا يجب).

١٤٤٩ - مسألة: لا يصح أن يتزوج بجارية ولده،^(١) وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة.^(٢) دليلنا: أن له فيها شبهة ملك تسقط الحد أشبه جارية مكاتبه.

١٤٥٠ - مسألة: لا يجب على الأب الحد بوطء جارية ابنه، وبه قال أكثرهم،^(٣) وقال داود: يحد. دليلنا: قوله ﷺ: «ادروا الحدود بالشبهات»،^(٤) وهاهنا شبهة قوله: أنت ومالك لأبيك.

١٤٥١ - مسألة: بكاء البكر إذن، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لصاحبيه.^(٥) دليلنا: قوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن بكت فهو إذننها، وإذا أبت فلا جواز عليها»،^(٦) ولأن الظاهر أنها تستحي فتبكي من فرط الحياء، فدل على أنه رضى لا كراهة.

١٤٥٢ - مسألة: إذا قال الأب: زوجت ولدي الصغير بالأمس صدق، وكذلك الوكيل،^(٧) وكذلك السيد في حق عبده خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه يملك

(١) جاء في الكافي: ٢٩/٣: (ومن حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين، لأنه إذا حرم النكاح لكونه طريقاً إلى الوطء، فحريم الوطء أولى .. وكل من حرمها النكاح من أمهات النساء وبنائهن، وحلائل الأبناء والأبناء حرمها الوطء في ملك اليمين). وجاء في روضة الطالبين: ٢١٢/٧: (في نكاحه جارية ولده للشافعي في جوازه نصاب).

(٢) انظر: تبیین الحقائق: ١٧٠/٢ وما بعدها.

(٣) جاء في المغني: ٥٧٦/٩: (ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه، لأن الله تعالى يقول: ﴿لَا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾، وليست هذه زوجة له ولا مملوكته، ولأنه يحل لابنه وطؤها، ولا تحل المرأة لرجلين، فإن وطأها فلا حد عليه. نص عليه أحمد وقال داود: يحل).

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه: ٨٤/٣.

(٥) جاء في بدائع الصنائع: ١٣٥٥/٣: (ولو بكت، روي عن أبي يوسف أنه يكون إجازة. وروي عنه رواية أخرى: أنه لا يكون إجازة بل يكون رداً، وهو قول محمد،

وجه الرواية الأولى: أن البكاء قد يكون للحزن، وقد يكون لشدة الفرح فلا يجعل رداً ولا إجازة للتعارض، فصار كأنها سكنت فكان رضا ...)

(٦) انظر: المجتبى: ٩٥/٦، وسنن أبي داود: ٤٨٣/١، ومسند أحمد: ٢٦١/١.

(٧) راجع المغني: ٤١٧/٩ وما بعدها.

العقد في الحال، فإذا قال زوجتهما بالأمس فقد أقر فيما يملكه، فهو كقوله : زوجت أمتي بالأمس والوكيل في البيع.

١٤٥ - مسألة : إذا أرسل إلى ولي امرأة ليتزوجها ففعل الرسول وضمن عنه المهر ثم جحد الزوج الرسالة ففرق الحاكم بينهما، فللمرأة على الرسول جميع المهر^(١)، وبه قال محمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة : نصفه. دليلنا : أن من أصلنا أن حكم الحاكم إذا لم يكن له حقيقة فإنه لا ينفذ في الباطن، فإذا كان هذا من أصلنا فإن الرسول يزعم أن الزوج كاذب بجحد الرسالة، وأن النكاح بينهما قائم ، والمهر كله لازم ، والمخالف بناءه على ذلك الأصل.

١٤٥ - مسألة : فيمن أرسل إلى رجل كتاباً يسأله أن يزوجه ابنته، فجاء الكتاب مختوماً^(٢) قال : أشهد أن هذا الكتاب إلى فلان ولم يعلم الشهود ما فيه، ثم أن الكتاب وصل وقراه على الشهود وقال : قد زوجته ثم جحد الزوج الكتاب فشهدا بأنه كتبه لم تقبل الشهادة خلافاً لأبي يوسف. دليلنا : أنهما شهدا بكتاب لا يعلمان ما فيه، فلا يصح كما لو كان على وجه الصك.

١٤٥ - مسألة : إذا قال الولي : أشهدوا أني زوجت ابنتي من فلان فبلغه فقال : قبلت، لم ينعقد النكاح، وبه قال أبو حنيفة^(٣) خلافاً لإحدى الروایتين،

(١) جاء في تكملة شرح القدير المسمى « نتائج الأفكار » : ٤٣٤/٢ : « والضمان لازم للرسول إن كان من أهل الضمان فإن جحد ولا بينة بالأمس، فلا نكاح، وللمرأة على الرسول نصف المهر » .

(٢) قال ابن عابدين : « ولو جاء بالكتاب إلى الشهود مختوماً، فقال : فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة، حتى يعلم الشهود ما فيه، وعند أبي يوسف : يجوز » انظر : حاشية ابن عابدين : ١٤/٣ .

(٣) جاء في بداية الصنائع : ١٣٨١/٣ : (ومنها سماع الشاهدين كلام المتعاقدين جميعاً حتى لو سمعا كلام أحدهما دون الآخر، أو سمع أحدهما كلام أحدهما، والآخر كلام الآخر لا يجوز النكاح، لأن الشهادة - أعني حضور الشهود - شرط ركن العقد، وركن العقد هو الإيجاب والقبول فيما لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عند الركن ، فلا يوجد شرط الركن .

ولأبي يوسف، وبناءه على أن النكاح الموقوف يصح ويجعل شطر العقد لجميعه. دليلنا: أن القبول وجد في غير مجلس الإيجاب، أشبه إذا تفرقا قبل القبول ثم قبل.

١٤٥٦ - مسألة: لا يملك السيد إجبار عبده الكبير على النكاح^(١) خلافاً لأكثرهم، وللشافعي في القديم.^(٢) دليلنا: أنه مكلف فهي كالحر.

١٤٥٧ - مسألة: للسيد إجبار أم ولده على التزويج، وبه قال أبو حنيفة^(٣) خلافاً لأحد قولي الشافعي.^(٤) دليلنا: أنه يملك وطئها بملك اليمين فهو كالقن.

١٤٥٨ - مسألة: إذا قال بحضرة شاهدين: أعتقت أمتي وجعلت عتقها صداقها، صح النكاح والعتق،^(٥) وقال أكثرهم: لا ينعد النكاح، ويقع العتق، وعن أحمد مثله. دليلنا: أن النبي ﷺ «أعتق صفية وجعل عتقها صداقها»،^(٦) ولأن منفعة

(١) جاء في المغني: ٤٢٤/٩: (لا يملك السيد إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح، وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه .. وقال مالك وأبو حنيفة: له ذلك، لأنه يملك رقبته فملك إجباره على النكاح كالأمة، ولأنه يملك إجارته فأشبه الأمة. ولنا: أنه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر).

(٢) جاء في روضة الطالبين: ١٠٢/٧: (هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح..؟ قولان، القديم: نعم، والجديد: لا).

(٣) جاء في تبين الحقائق: ١٦٤/٢: (وله إجبارها على النكاح - أي للمولى - إجبار العبد والأمة على النكاح، ومعنى الإجبار هنا أن ينفذ عليهما النكاح بغير رضاهما .. وقال الشافعي: لا إجبار في العبد، وهو رواية عن أبي حنيفة، وأبي يوسف، لأنه مبقي على أصل الآدمية).

(٤) جاء في روضة الطالبين: ١٠٣/٧: (له إجبار أمته على النكاح سواء الصغيرة والكبيرة، والبكر والثيب، وكذلك أم الولد على الصحيح ...).

(٥) جاء في المغني: ٤٥٣/٩: (الأول: أن ظاهر المذهب أن الرجل متى أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح. نص عليه أحمد في رواية الجماعة).

(٦) أخرجه البخاري في الجامع الصحيح: ١٩٥٦/٥، ومسلم في صحيحه: ١٠٤٥/٢، وأبو داود في سننه: ٢٢١/٢، وابن ماجه في سننه: ٦٢٩/١، وأحمد في مسنده: ٩٩/٣.

البضع أحد المنفعتين، فجاز أن يكون عوضاً في مقابلة العتق، دليله منفعة الاستخدام.

فصل: فإن أعتقها على أن تزوجه نفسها فلم [تف] ^(١) له بالشرط فعلها قيمة نفسها، وبه قال أكثرهم، ^(٢) وقال مالك وزفر: لا شيء عليها. دليلنا: أن المولى لم يرض بخروج الأمة من ملكه إلا بحصول المنفعة المشروطة، فإذا لم تحصل رجع بقيمة ما خرج عن ملكه، كما لو تزوج بامرأة على ألف درهم وطلاق زوجته فلم يف لها بالشرط.

فصل: فإن زوجته فلا مهر لها سوى العتق، وبه قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة: لها مهر مثلها إلا أن يكون تسمية فيستحق المسمى، وهذا مبني على ما قدمناه، وأنه مُسمًى صحيح، وقد عجله فلا تستحق شيئاً سواه، وعندهم بخلافه.

١٤٥٩ - مسألة: إذا اجتمع أخ لأبوين وأخ لأب فهما سواء في ولاية النكاح، وهو اختيار الخرقى، وقال أبو بكر: الأخ للأبوين مقدم،^(٣) وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي في الجديد.^(٤) دليلنا: أنهما استويا في قرابة الأب ولكل واحد منهما ولاية حال الانفرد أشبه إذا كان لأبوين أو لأب.

(١) في نسخة (ب) تقر .

(٢) جاء في المغني: ٤٥٦/٩: (وإن قال لأتمته: أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك فقبلت عتقت ولم يلزمه أن تزوجه نفسها...).

(٣) جاء في الكافي: ١٣/٣: (فإن استوى اثنان في الدرجة وأحدهما من أبوين والآخر من الأب كالأخوين والعمين، ففيه روايتان؛ إحداهما: يقدم ذو الأبوين، اختاره أبو بكر، لأنه حق يستفاد بالتعصيب فأشبه الميراث والولاء. والثانية: هما سواء. اختارها الخرقى، لأن الولاية بقرابة الأب وهما سواء فيها ...).

(٤) جاء في روضة الطالبين ٥٩/٧: (الأخ للأبوين يقدم على الأخ لأب في الإرث، وهنّا قولان أظهرهما وهو الجديد: يقدم أيضاً.. والقديم: يستويان، ويجرب القولان في ابني الأخ والعَمين).

١٤٦٠ - مسألة : للإبن ولاية على أمه في عقد النكاح ، وبه قال أكثرهم ^(١) خلافاً للشافعي ^(٢) دليلنا : أنه من عصباتها فهو كبقية عصباتها ، فأشبهه إذا كان من بني عمها .

١٤٦١ - مسألة : الأب مقدم على الابن في ولاية النكاح ، ^(٣) وقال مالك : الإبن وإن سفل مقدم ^(٤) دليلنا : أن الإبن يقاد بها فلا يتقدم على الأب كالعم ، ولأن هذا طريقة الحنو والشفقة ، والأب أحنا وأشفق .

فصل : والجد مقدم على الابن والأخ ، ذكره الخرقى وأبو بكر ، ^(٥) وقد روي عن أحمد أنهما مقدمان عليه ، وبه قال مالك ^(٦) وجه قولهما ما تقدم ، ولأن الجد إيلاد وتعصيب ، فهو كالأب .

(١) جاء في المغني : ٣٥٧/٩ : (أنه متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته ... وقال الشافعي : لا ولاية للإبن إلا أن يكون ابن عم) .

(٢) جاء في المذهب : ١٢١/٣ : (ولا يجوز لابن أن يزوج أمه بالبنوة ، لأن الولاية تثبت للأولياء . لدفع العار عن النسب ، ولا نسب بين الابن والأم ، وإن كان للإبن تعصيب بأن كان ابن عمها جاز له أن يزوج ، لأنهما يشتركان في النسب) .

(٣) جاء في الإنصاف : ٦٩/٨ : (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها.. ثم أبوه وإن علا ، ثم ابنها ثم ابنه ، وإن سفل ، هذا المذهب وعليه الأصحاب ، وعنه يقدم الابن وابنه على الأب والجد) .

(٤) جاء في بداية المجتهد : ٤٨/٣ : (فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عصبه كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الآباء ... ثم الأخوة لأب وأم ثم للأب ...) .

(٥) جاء في المغني : ٣٥٦/٩ : (يعني أن الجد أبا الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء ، وهو قول الشافعي ... وعن أحمد رواية أخرى : أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه . وعن أحمد رواية ثالثة : أن الأخ يقدم على الجد وهو قول مالك) .

(٦) جاء في بداية المجتهد : ٤٨/٣ وما بعدها : (والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الآباء ، ثم الأخوة ثم الأجداد للأب وإن علوا) . وقال المغيرة : (الجد وأبوه أولى من الأخ) .

١٤٦٢ - مسألة: إذا عقد الأبعد من العصابة مع القدرة على الأقرب لم يصح النكاح،^(١) وبه قال الشافعي خلافاً لمالك.^(٢) دليلنا: أنه عقد مع حضور الأقرب من غير إذن ولا عضل، أشبه إذا نهاه عن العقد.

١٤٦٣ - مسألة: إذا زوجها بعض الأولياء برضاها من غير كفؤ، وقلنا فقد الكفاءة لا يبطل، فلبقية الأولياء الاعتراض،^(٣) وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن الحق يثبت لجماعتهم على وجه الانفراد والاشتراك بدلالة أنه لو أسقط بعضهم حقه ثبت الحق للباقيين فهو كالدين.

١٤٦٤ - مسألة: شروط الكفاءة خمسة: الدين، والنسب، والحرية، والصناعة، واليسار.^(٤) وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: المدين والنسب، وهي اختيار الخرقى، وأخرج منها أبو حنيفة الصناعة واليسار، وحكى ابن نصر عن مالك: أنه الدين. وحكى ابن القصار. الحرية، والدين، والسلامة من العيوب. دليلنا: قوله ﷺ: «العرب بالعرب أكفاء، حي بحي، قبيلة بقبيلة، إلا حائك أو حجام»^(٥) ولأن هذه الأشياء مما يتفاخر الناس بها فهي كالدين.

(١) جاء في الإنصاف: ٨١/٨: (وإذا زوج الأبعد من غير عذر للأقرب لم يصح .. هذا المذهب بلا ريب وجزم به في الوجيز وغيره وقدمه في المغني).

وعنه: يصح ويقف على إجازة الولي ولا نظر للحاكم على الصحيح).
(٢) جاء في بداية المجتهد: ٤٩/٣: (إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب مرة قال النكاح مفسوخ، ومرة قال النكاح جائز، ومرة قال للأقرب أن يجيز أو يفسخ).

وسبب الخلاف: هل الترتيب حكم شرعي. أم ليس بحكم شرعي؟
(٣) جاء في المغني: ٣٩٠/٩: (وأن كانت الكفاءة معدومة حال العقد فالنكاح فاسد .. فإن قلنا ليست شرطاً فرضيت المرأة والأولياء كلهم صح النكاح .. وإن قلنا لم يرض بعضهم .. فيه روايتان عن أحمد، وقولان للشافعي؛ أحدهما: هو باطل؛ لأن الكفاءة حق لجميعهم .. والثانية: هو صحيح ...).

(٤) جاء في التوضيح: ٩٦٣/٢: (وهي: دين، ومنصب وهو النسب، ومنها حرية، وصناعة غير زرية، ويسار بمال بحسب ما يجب لها). انظر: شرح المنتهى: ٢٧/٣، والإقناع: ١٧٩/٣.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٣٤/٧.

١٤٦٥ - مسألة: من له أب في الإسلام كفؤ لمن له أبوان في الإسلام،^(١) وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنهما استويا في الشرائط الخمسة، أشبه إذا استويا في إسلام الأباء.

١٤٦٦ - مسألة: فقد الكفاءة تبطل النكاح خلافاً لإحدى الروایتين ولأكثرهم.^(٢) دليلنا: أنه عقد شرط فيه النسب فعدمه يبطله كالإمامة.

١٤٦٧ - مسألة: إذا رضيت المرأة بدون مهر مثلها، لم يكن للأولياء الاعتراض، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة.^(٤) دليلنا: أن من لا يملك الاعتراض في هبته لا يملك في مقداره كالأجنبي.

١٤٦٨ - مسألة: إذا سمي في نكاح ابنته دون صداق مثلها جاز، وكذلك إذا زوج ابنه الصغير على أكثر من مهر المثل، وقال الشافعي: يثبت مهر المثل،^(٥)

(١) جاء في المغني: ٣٩٦/٩: (من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفؤ لمن له أبوان في الإسلام والحرية).

وقال أبو حنيفة: ليس بكفؤ وليس بصحيح، لأن الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الأمة).

(٢) جاء في الكافي: ٣٠/٣: (وفي الكفاءة روايتان، إحداهما: هي شرط لصحة النكاح، فإذا فاتت، لم يصح، وإن رضوا به لما روى الدارقطني بإسناده عن جابر قال: قال النبي ﷺ: «لا ينكح النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء». والثانية: ليست شرطاً، لأن النبي ﷺ زوج زيدا مولاه ابنة عمته زينب بنت جحش).

(٣) جاء في حلية العلماء: ٨٦١/٢: (فإن طلبت المرأة التزويج من كفؤ بدون مهر مثلها لزم الولي إيجابتها، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد.. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه ذلك).

(٤) جاء في دائع الصنائع: ١٥٢٦/٣: (إذا زوجها من كفؤ بمهر قاصر برضا.. وجه قول أبي يوسف ومحمد أن المهر حقها على الخلوص كالثمن في البيع والإجارة، فكانت هي بالنقص متصرفة في خالص حقها فيصح ويلزم بالبخس).

(٥) جاء في حلية الفقهاء: ٨٦١/٢: (وإن زوج الأب أو الجد الصغيرة بدون مهر مثلها بلغ به المهر، وكذلك لو زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل وإلى مهر المثل.. وقال أبو حنيفة وأحمد: يلزمه ما سماه).

وقال أبو حنيفة ومالك : كقولنا في حق الصغير دون الكبير. دليلنا : أنه سمي في نكاح ولده ما يجوز أن يكون مهرأً، أشبهه إذا سمي مهر المثل وكما لو لم يبلغ الولد.

١٤٦٩ - مسألة : ليس للأب قبض مهر ابنته البكر البالغة الرشيدة.^(١) وبه قال الشافعي : هذا على الرواية التي تقول : هي كالغلام ينفك الحجر عنها بالبلوغ، ولا يشترط أن يحول عليها في بيت زوجها حولأً، وقال أكثرهم : يجوز ذلك استحساناً، وقد تقدم في كتاب الحجر بماذا يحصل الرشد. دليلنا : أنه بذل حقها وهي رشيدة فهو كالثمن، ولأنها رشيدة أشبه الثيب.

١٤٧٠ - مسألة : إذا غاب الأقرب من الأولياء غيبة منقطعة^(٢) انتقلت ولايته إلى الأبعد، وبه قال أكثرهم،^(٣) وقال الشافعي : تنتقل إلى السلطان.^(٤) دليلنا : أنه قد تعذر الوصول إلى الأقرب أشبهه إذا أصابه جنون.

(١) جاء في الكافي: ٩٤/٣ : (ويدفع صداق المرأة إليها إن كانت رشيدة وإلى من يلي مالها إن كانت غير رشيدة، لأنه لا مال لها .. وفي البكر البالغة العاقلة وجهان : أحدهما : لا يدفع إليها.

والثاني : يجوز دفعه إلى أبيها، لأنه العادة).

(٢) الغيبة المنقطعة هي ما لا يقطع إلا بكلفة ومشقة.

وقال الخرقى : ما لا يصل إليه الكتاب، أو يصل فلا يجيب عنه كمن هو في أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر. انظر: المقنع مع الشرح الكبير والانصاف: ١٨٧/٢٠.

(٣) جاء في الإنصاف: ٧٦/٨ : (وإذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد هذا المذهب، وعليه الأصحاب، وعنه يزوج الحاكم). ذكره في الرايتين والحاوي.

(٤) جاء في روضة الطالبين: ٧٠/٧ : (إذا غاب الولي الأقرب الغيبة المعتبرة، فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوج أو يستأذنه ليزوج القاضي).

وجاء في المهذب: ١٣٤/٤ : (وإذا غاب الولي إلى مسافة تقصر فيها الصلاة .. زوجها السلطان، ولم يكن لمن بعده من الأولياء أن يزوج، لأن ولاية الغائب باقية، ولهذا لو زوجها في مكانه صح العقد).

١٤٧١- مسألة: إذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما، وبه قال أكثرهم،^(١) وقال مالك: لمن سبق بالوطء. دليلنا: أنه نكاح لو عرى عن الدخول لم يلزم، وكذلك وإن لم يعر عن الدخول كنكاح المعتدة والمرتدة وكالذي له ثلاثة نسوة ووكل رجلين في تزويجه فزوجه كل واحد منهما، فإن نكاح الثاني باطل دخل بها أو لم يدخل ولا يلزم عليه إذا تزوجت امرأة المفقود ثم قبل دخول الثاني قدم الأول فإننا نبطله ولو كان بعد دخوله لم نبطله ولكن نجعل للأول الخيار في فسخ الثاني وفي إمضائه، لأن حكم علتنا فلا يلزم بعد الدخول، وهناك جعلنا الخيار لغير الزوج الثاني فلم نحكم بلزوم نكاحه.

فصل: فإن جهل السابق منها أقرع بينهما، فمن خرج عليه القرعة جعل السابق منها، وفيه رواية أخرى: يبطل النكاحان، وبه قال أكثرهم، وهي اختيار الخرقى. دليلنا: أن ما كان للقرعة مدخل في تمييزه كان لها مدخل في ابتدائه كملك اليمين.

١٤٧٢- مسألة: إذا تزوج امرأة وابنتها ثم مات ولم يعلم السابق منهما، أخرج السابق بالقرعة. وقال أبو حنيفة: المهر والميراث بينهما نصفان. دليلنا: أن الحقوق إذا تساوت على وجه لا مزية لأحدهما على الآخر يجب أن تستعمل القرعة كما لو أراد المسافرة ببعض نسائه.

١٤٧٣- مسألة: يجوز للولي أن يتزوج وليته بشرط أن يوكل غيره في أن يوجب

(١) جاء في المغني: ٤٢٨/٩: (وجملة ذلك أنه إذا كان للمرأة وليان؛ فأذنت لكل منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً، فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد، فإن زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له، دخل بها الثاني أن لم يدخل، وهذا قول الحسن والزهري والشافعي وأصحاب الرأي .. وبه قال مالك ما لم يدخل بها الثاني .. فإن دخل بها الثاني صار أولى).

له،^(١) وقال أبو حنيفة ومالك : يجوز ذلك على الإطلاق.^(٢) وقال الشافعي : لا يصح^(٣) حتى يزوجه الحاكم. دليلنا : أن له عليها ولاية وهي ممن تحل له فجاز أن يرد أمرها إلى غيره كالإمام الأعظم.

فصل : والدلالة على أنه لا يليه بنفسه أنه عقد ملكه بإذن فلا يلي طرفيه^(٤)
كالوكيل في البيع.

١٤٧٤ - مسألة : إذا تزوجت امرأة رجلاً على أنه حر، فبان عبد، كان لها الخيار والنكاح صحيح،^(٥) وهذا على الرواية التي تقول : فقد الكفاءة لا يبطل النكاح، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي في أحد قولي : النكاح باطل.^(٦) دليلنا : أن كل

(١) جاء في المغني : ٣٧٣/٩ : (وجملته أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها، وهو ابن العم، أولى المولى أو الحاكم، أو السلطان، إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك .. وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان، إحداهما : له ذلك وهو قول الحسن، وابن سيرين، ومالك، والثوري، وأبي حنيفة ...).

(٢) جاء في المدونة : ١١٣/٢ : (فإن زوجها من نفسه فبلغها فرضيت بذلك، قال : أرى ذلك جائزاً).

(٣) جاء في الحاوي : ١٧٧/١١ : (قال المزني : قال الشافعي : (ولو زوجها الولي من نفسه لم يجر، كما لا يجوز أن يشتري من نفسه).

قال الماوردي : إذا كان للمرأة ولي يحل له نكاحها - كابن العم، أو مولى معتق - لم يجر أن يتزوجها بنفسه وولايته حتى يزوجه الحاكم بها.
وقال مالك وأبو حنيفة : يجوز أن يزوجه من نفسه بعد إذنها له.

وقال أحمد بن حنبل : بإذن لأجنبي حتى يزوجه بها) ..
(٤) قال الماوردي : لأنه عقد لا يملك فيه البذل إلا بإذن فلم يملك فيه القبول كالوكيل في البيع). المرجع السابق.

(٥) جاء في المغني : ٣٩٣/٩ : (فأما الحرية .. فالصحيح أنها من شروط الكفاءة، فلا يكون العبد كفؤاً لحر، لأن النبي ﷺ خير بريرة حين عتقت تحت عبد، فإذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى .. ولأن نقص الرق كبير، وضرره أبين، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده، ولا ينفق نفقة الموسرين ...).

(٦) جاء في المهذب : ١٣٠/٤ : (فإن زوجت المرأة من غير كفؤ من غير رضاها، أو من غير رضا سائر الأولياء. فقد جاء في الأم : النكاح باطل ... فمن أصحابنا من قال فيه قولان، أحدهما : أنه باطل، لأنه عقد في حق غيره من غير إذن فبطل .. والثاني : أنه صحيح).

ما لا يفتقر النكاح إلى ذكره ولو ذكره وكان صحيح لم يبطل النكاح، فإذا ذكره وكان فاسداً لم يبطل النكاح كالمهر.

فصل: فإن تزوج امرأة على أنها حرة فخرجت أمة وكان ممن يجوز له نكاح الرقيق، فله الخيار، وبه قال الشافعي،^(١) وقال أبو حنيفة: لا خيار له. دليلنا: أن فقد ما شرطاه من الحرية في أحد الزوجين يثبت الفسخ، دليله في حق الزوج.

١٤٧٥ - مسألة: إذا غر العبد من الأمة فأولاده منها أحرار، ذكره الخرقي،^(٢) وقال أبو حنيفة: هم رقيق. دليلنا: أن العبد يجوز أن يكون ولده حر وهو إذا تزوج حرة فإذا غر وجب أن يكون أولاده أحرار كالحر.

١٤٧٦ - مسألة: لا ينعد النكاح بلفظ الهبة،^(٣) وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم:

(١) جاء في المغني: ٤٥٢/٩: (وإذا تزوج امرأة يظنها حرة فبان أمة، أو يظنها مسلمة، فبان كافرة، أو تزوجت عبداً تظنه حراً فلهم الخيار، كما لو شرطوا ذلك. نص عليه أحمد، وقال الشافعي في الأمة: لا خيار لها).

وجاء في الكافي: ٦٩/٣: (وإذا تزوج أمة على أنها حرة وهو ممن لا يحل له نكاح الإمام، فالنكاح باسد وعليه فراقها متى علم... فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه، لأن الفسخ لسبب من جهتها، وإن فارقها بعد الدخول فعليه المهر بما أصاب منها، ويرجع بما غرمه من المهر، وفداء الأولاد في الموضعين على من غره. نص عليه أحمد، وذكره الخرقي، لأن الصحابة الذي ذكرناهم قضوا به، وعن أحمد: لا يرجع بالمهر، وهو اختيار أبي بكر...).

(٢) جاء في الكافي: ٧١/٣: (وإن كان المغرور عبداً فولده أحرار، لأنه وظئها يعتق حريتها فكان ولده حراً كولد الحر، وعليه فداؤهم، لأنه فوت رقهم).

(٣) لقد حدث خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: أن عقد الزواج ينعد بلفظ الهبة لقوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها﴾، فالفقه تعالى أخبر أن المرأة إن وهبت نفسها للنبي ينعد النكاح، فكذلك في حق أمته. ذهب إلى ذلك الحنفية انظر: المبسوط: ٥٩/٥، وتحفة الفقهاء: ١٧٦/٢، وبدائع الصنائع: ١٣٢٧/٣.

القول الثاني: (أن النكاح لا ينعد بلفظ الهبة...) فقد جاء في المذهب: ١٤١/٤: (ولا يصح العقد إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح، لأن ما سواهما من الألفاظ كالتملك والهبة لا يأتي على معنى النكاح، ولأن الشهادة شرط في النكاح، فإذا عقد بلفظ الهبة لم تقع الشهادة على النكاح). انظر: مختصر المزني: ص ١٦٧.

ينعقد بكل لفظ يقتضي التملك. دليلنا: أنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلا ينعقد به النكاح كلفظة الإباحة والوصية والإجارة.

١٤٧٧ - مسألة: إذا أوجب له النكاح فقال: قبلت. صح،^(١) وإن لم يقل النكاح، ذكره الخرقى، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قولي: لا ينعقد^(٢) حتى يقول قبلت هذا النكاح. دليلنا: أن هذا خارج مخرج الجواب فيصير ما تقدمه مضماً فيه كقوله تعالى: ﴿أستبركم قالوا بلى﴾^(٣)، وكقوله للشارق: أسرقت؟ فيقول: نعم.

١٤٧٨ - مسألة: لا ينعقد النكاح بلفظة العجمية مع القدرة على العربية،^(٤) وبه قال الشافعي^(٥) خلافاً لأبي حنيفة، وهي مبنية على أن لفظ الإنكاح والتزويج مقصود وعنده بخلافه، وقد تقدم الكلام فيه.

(١) جاء في الكافي: ٢٨/٣: (وأما القبول فيقول: قبلت هذا النكاح، وإن اقتصر على قبلت صح، لأن القبول يرجع إلى ما أوجبه الولي كما في البيع).

(٢) جاء في الحاوي للماوردي: ٢١٦/١١: (فللزواج في قبوله ثلاثة أحوال: (أ) أن يقول قبلت نكاحها على هذا الصداق. (ب) أن يقول قبلت نكاحها. (ج) أن يقول قبلت، ولا يذكر النكاح ولا الصداق.. وفي تلك الحالة ففيه قولان: أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا، وقد نص عليه صريحاً في كتاب الأم ورواه البويطي، وقال جمهور أصحابنا: أن النكاح باطل.. والقول الثاني: قاله في كتاب التعريض بالخطبة من كتاب الأمالي: أن النكاح صحيح، وبه قال أبو حنيفة..)

(٣) سورة الأعراف: الآية رقم: ١٧٢.

(٤) جاء في الكافي: ٢٨/٣: (ولا يصح الإيجاب والقبول بغير العربية لمن يحسنها، لأنه عدول عن لفظ الإنكاح والتزويج مع إمكانهما فلم يصح، ويصح بمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما، لأنه يشتمل على معنى اللفظ العربي..).

(٥) ذهب الشافعية إلى قول راجح أنه ينعقد بأي لغة. فقد جاء في أسنى المطالب: ١١٨/٣: (ولو كان اللفظ المذكور بالعجمية، فإنه يكفي وإن أحسن قائلها العربية اعتباراً بالمعنى هذا إن فهم كل منهما كلام نفسه وكلام الآخر سواء اتفقت اللغتان أم اختلفتا.. انظر: روضة الطالبين: ٣٦/٧، والمحلى: ٤٦٤/٨، والمهذب: ٤١/٢).

١٤٧٩ - مسألة: لا ينكح العبد أكثر من اثنتين، وبه قال أكثرهم،^(١) وقال مالك وداود: ينكح أربعاً كالحر.^(٢) دليلنا: أنه أمر ذو عدد بني على التفاضل، فلا يستوي فيه الحر والعبد كالطلاق والعدة.

١٤٨٠ - مسألة: لا يتزوج الخامسة والرابعة في عدة منه، وكذلك لا يتزوج المرأة وأختها في عدة منه،^(٣) وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنها محبوسة عن الأزواج لحقه، أشبه إذا كان الطلاق رجعيّاً، ولأنه تحريم من طريق الجمع فوجب أن تكون العدة كالنكاح في أثنائه كتحريم الجمع بين الزوجين.

١٤٨١ - مسألة: إذا أعتق أم ولده لم يتزوج أختها حتى يستبرئها، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لصاحبيه. دليلنا: أن الأولى معتدة منه أشبه المعتدة عن وطء شبهة

١٤٨٢ - مسألة: إذا زنا بامرأة لم يحل له العقد عليها حتى يتوباً^(٤) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه معنى يوجب القتل لحق الله فجاز أن يثبت تحريماً لا يرتفع إلا بتوبة كالردة.

(١) جاء في المعنى: ٤٧٢/٩: (أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين، واختلفوا في إباحة الأربع .. فمذهب أحمد: أنه لا يباح له إلا اثنتان، وهو قول عمر بن الخطاب، وبه قال الشافعي وأهل الرأي. وقال القاسم بن محمد، ومالك، وأبو ثور، وداود: له نكاح أربع لعموم الآية).

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٧٧/٣: (أما العبيد.. فقال مالك في المشهور عنه: يجوز أن ينكح أربعاً، وبه قال أهل الظاهر، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط).

(٣) جاء في كشف القناع: ٧٥/٥: (أو وقع العقد على إحدى الأختين في عدة الأخرى بئناً كانت أو رجعية بطل الثاني).

(٤) جاء في الكافي: ٥٣/٣: (النوع التاسع: الزانية يحرم نكاحها حتى تتوب.. ويحرم نكاحها في عدتها على الزاني وغيره، لأن ولدها لا يلحق بنسبه بأحد فيؤدي تزويجها إلى اشتباه النسب).

١٤٨٣ - مسألة: لا يجوز نكاح الزانية قبل الاستبراء،^(١) وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم، إلا أن أبا حنيفة قال: لا يبطأ حتى يستبرئها بحيضة أو بوضع الحمل. دليلنا: أن رحمها مشغول بغير ماء أشبه الموطوءة بشبهة.

١٤٨٤ - مسألة: الربيبة تحرم بالدخول وإن لم تكن في حجره، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لداود.^(٣) دليلنا: أن كل امرأة حرمت بسبب إذا كانت في الحجر حرمت به وإن لم تكن في الحجر كزوجة الأب وزوجة الابن.

١٤٨٥ - مسألة: لا يجوز الجمع بين الأختين في الوطاء بملك اليمين، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لداود، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنها امرأة صارت فراشاً له بالوطء فلا تحل له أختها مادامت فراشاً له كما لو صارت فراشاً بنكاح.

(١) جاء في كشف القناع: ٨٣/٥: (فإن كانت الزانية حاملاً من الزنا لم يحل نكاحها قبل الوضع، وتوتيتها، فإن تابت من الزنا وانقضت عدتها حل نكاحها للزاني وغيره عند أكثر أهل العلم منهم أبو بكر، وعمر، وابنه. وروي عن ابن مسعود والبراء بن عازب: أنها لا تحل للزاني بحال. ولا يبطأ الرجل أمته إن علم منها فجوراً - أي زنا - حتى تتوب ويستبرئها خشية أن تلحق به ولدًا).

(٢) يقول الله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن. فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾. فقد أفادت هذه الآية الكريمة أن الشخص لو تزوج امرأة دخل بها ثم طلقها، أو ماتت، لا يحل له زواج بنتها ولا بنت بنتها ولا بنت ابنها. أما لو عقد عليها ثم ماتت أو طلقها قبل الدخول فلا تحرم بنتها. جاء في تفسير القرطبي: ١١٣/٥ وأجمع العلماء على أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها، أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له نكاح بنتها. ولا يشترط للحرمة أن تكون في حجر الزوج، لأن إضافتهن إلى الحجور إنما جاء للأمم الأغلب.

(٣) جاء في المحلى: ١٥٨/١١: (اشتراط أن تكون في الحجر، وقد علق ابن المنذر على هذا القول بقوله، وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول).

(٤) جاء في الكافي: ٤١/٣: (إن ملك أختين جاز، لأن الملك لا يختص مقصوده بالإستمتاع ولذلك جاز أن يملك من لا يحل له كالمجوسية وأخته من الرضاع، وله وطء إحداهما أيتها شاء، لأن الأخرى لم تصر فراشاً، فلم يكن جامعاً بينهما في الفراش، فإذا وطأها، حرمت أختها. حتى تحرم الموطوءة بإخراج عن ملكه أو تزويج ويعلم أنها ليست حاملاً، لئلا يكون جامعاً بينهما في الفراش، أو يكون جامعاً ماؤه في رحم أختين. وعن أحمد أنه لا يحرم الجمع بين الأختين في الوطاء، وإنما يكره، لقوله تعالى: ﴿وماملكت أيمانكم﴾ والمذهب الأول).

١٤٨٦ - مسألة : إذا تزوج بأخت أم ولده أو بأخت أمته التي يطأها لم يصح النكاح^(١) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة قال : لا يطأ الثانية حتى يخرج الأولى ببيع أو عتاق، وقال الشافعي : له الوطء وتحرم عليه الأولى، وعن أصحاب مالك كالمذاهب الثلاثة. دليلنا: أن الأولى فراش له، فلا يجوز له نكاح أختها كما لو كانت الأولى تحته بنكاح، والدلالة على تحريم الوطء أنه يؤدي إلى أن يجمع ماءه في رحم أختين، وهذا لا يجوز كما لو كان يطأهما بملك اليمين .

١٤٨٧ - مسألة : الزنا يثبت تحريم المصاهرة،^(٢) وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي، وعن مالك^(٣) كالمذهبيين. دليلنا: أنه وطء مقصود أشبه وطء الشبهة.

١٤٨٨ - مسألة : اللواط ينشر^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه وطء لأحد أبويه أشبه إذا وطء الأم .

(١) جاء في المغني: ٥٤١/٩: (وإن وطء أمته ، ثم أراد نكاح أختها ، فقد سئل أحمد عن هذا ، فقال : لا يجمع بين الأختين الأمتين ، فيحتمل أنه أراد أن النكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن مالك .. قال القاضي : هو ظاهر كلام أحمد لأن النكاح تصير به المرأة فراشاً فلم يجوز أن ترد على فراش الأخت كالوطء .. ويحتمل أن يصح النكاح ، ولاتباع المنكوحه حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة) .

(٢) جاء في كشف القناع: ٧٢/٥: (ويثبت تحريم المصاهرة بوطء حلال إجماعاً وبوطء حرام كزنا ، وبوطء شبهة ، ولو كان الوطء في الدبر ، لأن الوطء يسمى نكاحاً ، فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم ﴾) .

(٣) جاء في بدنية المجتهد لابن رشد: ٧٠/٣: (وأما المسألة الرابعة فاختلّفوا في الزنى ، هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعني الذي يدرأ فيه الحد .. فقال الشافعي : الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا بنتها . وقال أبو حنيفة والثوري : يحرم الزنا ما يحرم النكاح .. وأما مالك : ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة يحرم) . بدائع الصنائع: ١٢٩٢/٣ .

(٤) جاء في الإنصاف: ١١٩/٨: (فإن تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما أم الآخر وبنته ، يعني أنه يحرم باللواط ما يحرم بوطء المرأة ، وهذا المذهب ، نص عليه وعليه جماهير الأصحاب ، وعن أبي الخطاب : هو كالوطء دون الفرج ، يعني كالمباشرة دون الفرج) .

١٤٨٩ - مسألة: إذا نظر إلى فرج امرأة لشهوة لم يثبت تحريم المصاهرة^(١) وكذلك القبلة واللمس، وفي رواية أخرى: يثبت به بالتحريم، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وعن الشافعي كالمذهبين. دليلنا: أنه إستماع لا يوجب الغسل أشبهه قبلة الصغيرة والنظر إلى بقية بدنها، بل ذلك أشد بالتلذذ لأن الوجه مجمع المحاسن.

١٤٩٠ - مسألة: لا يجوز تزويج إبنته من الزنا، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: يكره ولا يحرم^(٢). دليلنا: أنها مخلوقة من ماءه في الظاهر، أشبهه ابنته من النسب.

١٤٩١ - مسألة: يجوز نكاح حرائر أهل الكتاب، وبه قال جماعة الفقهاء^(٣) خلافاً للرافضة. دليلنا: قوله تعالى: ﴿يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات..﴾ إلى قوله تعالى: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾^(٤).

(١) قال ابن قدامة في المغني: ٥٣٢/٩: (ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة فهو كلمسها بشهوة، فيه أيضاً روايتان، إحداهما: ينشر الحرمة. والثانية: لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم).

(٢) هذه المسألة حدث فيها خلاف بين الفقهاء:

القول الأول: يجوز للأب زواج إبنته من الزنا، لأنها أجنبية عنه شرعاً، سواء أكان المزني بها مطاوعة له أم لا، وسواء تحقق أنها من ماءه أم لا، لأن العلاقة الغير شرعية لا احترام لها، فلا يترتب عليها آثار تحریمه، لأن الحرام لا يحرم الحلال.

القول الثاني: لا يجوز للأب أن يتزوج إبنته من الزنا بل يحرم عليه ذلك للإحتياط. انظر: المبسوط: ٢٠٦/٤، والبدائع: ١٣٨٥/٣، والأم: ٢٥/٥، والمهذب: ٤٤/٢، والمنهاج: ٩٨.

(٣) جاء في المغني: ٥٤٥/٩: (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائهم حلال للمسلمين).

(٤) سورة المائدة، الآية رقم: ٥.

١٤٩٢ - مسألة : للمسلم إجبار زوجته الذمية على الغسل من الحيض^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا : أن عدم الغسل يحرم عليه الوطاء الذي يستحقه فكان له إجبارها عليه لاستحقاقه كإجبارها على الاستمتاع .

١٤٩٣ - مسألة : لايجوز للمسلم نكاح الأمة الكتابية، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا : أنها امرأة أعتورها نقصان لكل واحد منهما فأنثر في المنع من النكاح أشبه المجوسية.

١٤٩٤ - مسألة : إذا أسلم وتحتة أكثر من أربعة نسوة إختار منهن أربعاً، وكذلك إذا كان تحتة أختان إختار إحدیهما، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبوحنيفة: إذا كان العقد في حالة واحدة فهو باطل، وإن كان في عقود صح النكاح في الأربعة الأوائل، وهكذا حكم الأختين. دليلنا: أن المسماة خامسة ممن يجوز له

(١) جاء في السنني: ٢٢٢/١٠. وللزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس ، مسلمة كانت أو ذمية ، حرة كانت أو مملوكة ، لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة مايمنع حقه . وجاء في المذهب: ٢٣١/٤ : (ويجوز للزوج أن يجبر زوجته على الغسل من الحيض والنفاس ، لأن الوطاء يقف عليه ، وفي غسل الجنابة قولان ، أحدهما : أنه يجبرها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف عليه) .

(٢) جاء في الحاوي: ٣٣٣/١١ : (قال الماوردي : فلا يجوز للمسلم نكاح أمة كافرة بحال.. وقال أبو حنيفة: يجوز له نكاح الأمة الكافرة كما يجوز نكاح الحرة الكافرة، استدلالاً بقوله تعالى : ﴿فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ ، واستدل الشافعية بقوله تعالى : ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ ، فجعل نكاح الأمة مشروطاً بالإيمان .

(٣) جاء في تبیین الحقائق: ١١١/٢ : (أي جائز تزوج الأمة ولو كتابية) .

(٤) جاء في معية أولي النهى: ٢٢٥/٧ : (وإن أسلم كافر وتحتة أكثر من أربع من النساء فأسلمن في عدتهن ، أو كن نسأوه كتابيات لم يكن له إمساكهن كلهن بغير خلاف وأمر أن يختار منهن أربعاً فإن إختار صح إختياره .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن كان تزويجهن في عقد واحد إنفسخ النكاح في جميعهن ، وإن كان في عقود فنكاح الأوائل صحيح ونكاح ما زاد عن الأربعة باطل .

إبتداء العقد عليها بعد الإسلام فجاز إستدامة نكاحها بعقد مطلق في الشرك كالأولى وعكسه ذوات المحارم.

١٤٩٥ - مسألة: إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت^(١)

أمرأة الذمي، فإن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وبعده تقف على انقضاء العدة، وبه قال الشافعي،^(٢) وفيه رواية أخرى: يتعجل في الحالين، وهي اختيار الخلال وصاحبه، وقال أبو حنيفة: يعرض الإسلام على المتأخر منهما، فإن أسلم وإلا فرق بينهما على الإطلاق، وقال مالك: إن كانت هي المسلمة فكما قلنا، وإن كان هو المسلم عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت ثبتا على النكاح وإن أبت وقعت الفرقة في الحال.

فصل: والدلالة على مالك أنه إختلاف دين بعد الإصابة فلا يفسخ النكاح قبل انقضاء العدة كما لو أسلمت الزوجة.

١٤٩٦ - مسألة: إختلاف الدار لا توقع الفرقة، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة، فعلى هذا نقول: إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة وخلفت زوجها في الدار كافراً وقعت الفرقة وإن كان قد دخل بها. دليلنا: أن إختلاف الدار بين الزوجين لا يوقع الفرقة، دليله: إذا دخل المسلم دار الحرب وأقام بها، وكالحربي إذا دخل إلينا بأمان أو برسالة وأقام.

(١) جاء في المغني ٤٧٩/٩: (ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو إنفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعب أو إعتسار أو غيره، لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل).

(٢) جاء في روضة الطالبين: ١٥٦/٧: (إن أسلم وتحت أكثر من أربعة نسوة وأسلمن معه أو تخلفن وهم كتابيات إختار أربعاً منهن واندفع في نكاح الباقيات، وإن كن مجوسيات أو وثنيات أو مدخول بهن فتخلفن ثم أسلمن قبل إنقضاء العدة من وقت إسلام الزوج فكذلك الحكم، وإن أسلم علي أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن وأسلم معه أربع تقرر نكاحهن).

١٤٩٧ - مسألة: الردة من أحد الزوجين تفسخ النكاح وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً

لداود. دليلنا قوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾^(٢).

فصل: إذا ثبت هذا فإن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وبعده تقف على إنقضاء العدة، وبه قال الشافعي^(٣) وفيه رواية أخرى: تعجل على الإطلاق، وبه قال أكثرهم، وجه الأولى: أنه اختلاف بعد الإصابة، فلا تعجل الفرقة كما لو أسلمت الحربية في دار الحرب.

فصل: فإن ارتدا معاً كانا بمثابة ردة أحدهما، وبه قال أكثرهم^(٤) وقال أبوحنيفة: لاتقع الفرقة إستحساناً. دليلنا: إن كل حكم يتعلق بردة الزوج لم يمنع منه إنضمام ردة الزوجة، كإستباحة ماله ودمه وحبط عمله.

١٤٩٨ - مسألة: أنكحة المشركين صحيحة، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لمالك.

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٦٢/٣: (وإن ارتد أحد الزوجين أو هما - أي الزوجان - معاً قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم لقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾، وقوله تعالى: ﴿فلا ترجعوهن إلي الكفار لاهن حل لهن ولا هم يحلون لهن﴾، ولأن الارتداد اختلاف دين وقع قبل الدخول فأوجب فسخ النكاح كإسلامها تحت كافر، وللزوجة نصف المهر إن سبقها بالردة، أو إرتد الزوج وحده دونها لمجيء الفرقة من قبله أشبه الطلاق. فإن سبقت هي بالردة ارتدت. وحدها قبل الدخول فلا مهر لمجيء الفرقة من قبلها.

(٢) سورة الممتحنة: الآية رقم: ١٠.

(٣) جاء في روضة الطالبين: ١٤٢/٧: (وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول، تنجزت الفرقة وبعده نقض على العدة وفي مدة التوقف لا يحل الوطء ..).

(٤) جاء في الإنصاف: ٤١٥/٨: (لكن لو ارتدا معاً فهل ينتصف المهر أو يسقط؟.. فيه وجهان، وأطلقهما في المحرر والفروع، والحاوي الصغير .. وظاهر كلامه في المنور: أنه يسقط).

(٥) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٥٤/٣: (باب نكاح الكفار - أي بيان حكمه ومايقرون عليه لو ترافعا إلينا أو أسلموا، وهو صحيح، وحكمه كنكاح المسلمين فيه يجب به من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر والنفقة والقسم والاباحة للمطلق ثلاثاً والاحصان، ودليل صحته قوله تعالى: ﴿وامراته حمالة الحطب﴾، وقوله: (وامرأة فرعون) فأضاف النساء إليهم، وحقيقة الإضافة يقتضي زوجية صحيحة، وقال عليه الصلاة والسلام: «ولدت من نكاح لا بين سفاح».

دليلنا: قوله تعالى: ﴿وأمرته حمالة الحطب﴾^(١)، وقوله: ﴿وقالت إمرأت فرعون﴾^(٢)، وقوله عليه السلام: «ولدت من نكاح لا من سفاح»^(٣)، ولأنه عقد معاوضة يصح من المسلم فصح من الكافر كالبيع ونحوه.

١٤٩٩ - مسألة: إذا كان أحد الأبوين وثنياً أو مجوسياً والآخر كتابياً لم يحل مناكحته ولا أكل ذبيحته، ذكره الخرقى وأبو بكر،^(٤) وقال أبو حنيفة: يجوز، وقال الشافعي: إن كان المجوسي الأب لم يجز^(٥). دليلنا: أنه كافر متولد من بين أبوين لا يجوز مناكحة أحدهما ولا أكل ذبيحته فلا يجوز مناكحته كما لو كان أبواه مجوسيين أو الأب على الشافعي.

١٥٠٠ - مسألة: الفرق المتعلقة باختلاف الدين فسوخ وليس بطلاق،^(٦) وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا أسلمت المرأة وامتنع الزوج فرق الحاكم بينهما وكان ذلك طلاقاً، وإن ارتد الزوج وقعت الفرقة ولا يكون طلاقاً، وإن أسلم الزوج وأبت المرأة الإسلام لم يكن طلاقاً. دليلنا: أن كل معنى لو كان

(١) سورة المسد، الآية رقم: ٤.

(٢) سورة القصص، الآية رقم: ٩.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٨٩/٧: (جماع أبواب نكاح المشرك، باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم بلفظ قوله ﷺ: «خرجت من نكاح غير سفاح»).

(٤) جاء في المغني: ٥٤٩/٩: (وجملته إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها، سواء أكان وثنياً أو مجوسياً أو مرتداً.. وبهذا قال الشافعي، فيما إذا كان الأب غير كتابي، لأن الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب إلى قبيلته).

(٥) جاء في المذهب: ١٥٣/٤: (ويحرم عليه نكاح من ولد بين وثني وكتابية، لأن الولد من قبيلة الأب، ولهذا ينسب إليه ويشرف بشرفه فكان حكمه في النكاح حكمه. ومن ولد بين كتابي ووثنية، ففيه قولان: أحدهما: أنها لاتحرم عليه، لأنها من قبيلة الأب، والأب من أهل الكتاب.. والثاني: أنها تحرم، لأنها تتمحض كتابية فأشبهت المجوسية).

انظر روضة الطالبين: ١٤٢/٧.

(٦) جاء في التوضيح: ٩٨٤/٢: (وإن أسلم أحدهما بعد دخول وقف الأمر علي فراغ عدة، وإن أسلم الثاني فيها بقي النكاح ولا تبيناً فسخه منذ أسلم. وإن إرتدا معاً قبل الدخول إنفسخ نكاحهما). من هذه النصوص يتبين لنا أن الفروق المتعلقة باختلاف الدين فسوخ.

من جهة المرأة كان فسخاً، فإذا كان من جهة الرجل كان فسخاً كالرضاع والشرع.

١٥٠١ - مسألة: وجود الطول يمنع نكاح الأمة، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه حر أمن العنت فلا ينكح الأمة، كما لو كان تحت حرة.

١٥٠٢ - مسألة: ليس للحر أن ينكح أكثر من أمة واحدة إذا كان لا يخاف العنت،^(١) وقال أبو حنيفة: ينكح أربعاً^(٢)، وهذه المسألة مبنية على الأصل الذي تقدم وأن نكاح الأمة يفتقر إلى شرطين: عدم الطول، وخوف العنت، وقد دللنا عليه، وهذا معدوم هاهنا.

١٥٠٣ - مسألة: يجوز للعبد نكاح الأمة وتحت حرة، وبه قال أكثرهم، وهو اختيار أبي بكر، وفيه رواية أخرى: لا يجوز،^(٣) وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: أن من جاز له أن ينكح امرأة من غير جنسه جاز أن ينكح امرأة من جنسه كالحر.

١٥٠٤ - مسألة: إذا تزوج حرة وأمة في عقد واحد صح في الحرة خاصة، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: يبطل فيها، وعن الشافعي كالمذهبيين.

(١) جاء في الكافي: ٤٩/٣: (وكذلك الحكم إن كانت تحت حرة لاتعفه، فيتزوج عليها أمة، أو كان تحت أمة لاتعفه فيتزوج عليها ثانية ففيها روايتان. قال الخرقى: وله أن ينكح من الإماء أربعاً، إذا كان الشرطان فيه قائمين).

(٢) جاء في تبیین الحقائق: ١١٢/٢: (قال - رحمه الله - وأربع من الحرائر والإماء، أى حل تزويج أربع من الحرائر والإماء، ولا يجوز أكثر من ذلك.. وقال الشافعي: - رحمه الله - لا يجوز من الإماء إلا واحدة، لأن جوازه ضروري عنده، وقد اندفعت بواحدة..).

(٣) جاء في الإنصاف: ١٤٦/٨: (وللعبد نكاح الأمة. وهل له أن ينكحها على حرة على روايتين: إحداهما: يجوز وهو المذهب صححه فى التصحيح والنظم وجزم به فى الوجيز.. والرواية الثانية: لا يجوز، صححه فى المذهب ومسبوك الذهب).

(٤) جاء في الإنصاف: ١٤٦/٨: (فإن جمع بينهما فى العقد جاز، يعنى على الرواية الأولى.. وعلى الرواية الثانية: لا يجوز ويفسد النكاحان على الصحيح من المذهب.. وقيل: يفسد نكاح الأمة وحده).

دليلنا: أن لو تأخر نكاح الحرة عن نكاح الأمة صح، فإذا فارقته صح كالحرّتين الأجانب.

١٥٠٥ - مسألة: إتيان النساء في الموضع المكروه حرام،^(١) وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك. دليلنا: قوله عليه السلام: «إن الله لا يستحي من الحق لاتأتوا النساء من أديارهن»^(٢)، ولأنه وطء في أذى معتاد أشبه الحيض.

١٥٠٦ - مسألة: نكاح الشغار^(٣) باطل،^(٤) وبه قال مالك،^(٥) وصفته: أن يزوجه ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وسواء قالوا وبضع كل واحدة منهما مهر للأخرى أو لم يقولوا، وقال أبو حنيفة: النكاح صحيح ويثبت مهر المثل^(٦)، وقال

(١) تقدم حكم إستحاضة أو وطء في دبر، فيحرم في قول أكثر أهل العلم من الصحابة؛ لحديث: «إن الله لا ينظر إلى رجل جامع امرأته في دبرها» ..

وأما قوله تعالى: «فأتوا حرثكم أنى شئتم»، فعن جابر قال: كان اليهود يقولون إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول، فأنزل الله تعالى: «نساؤكم حرث لكم..» الآية. انظر: منتهى الإرادات: ٩٥/٣.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه: ٦١٩/١.

(٣) الشغار: من الشغور، وهو الإخلاء والرفع، يقال شغل البلد شغوراً إذا خلا عنه الناس. انظر: المصباح المنير مادة (شغر).

وشرعاً: هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه المتزوج بنته أو أخته، ليكون أحد العقدتين عوضاً عن الآخر، ونكاح الشغار من أنكحة الجاهلية.

انظر: الأم: ٧٦/٥، ونهاية المحتاج: ٢١٥/٦، والمبسوط: ١٠٥/٥.

(٤) هذه المسألة وقع الخلاف فيها:

فذهب جمهور الفقهاء: إلى أن نكاح الشغار باطل، وبه قال مالك، والشافعية، والحنابلة، لأن النبي ﷺ نهى عن نكاح الشغار. انظر: المهذب: ٤٧/٢، والمنهاج: ٩٦، والأم: ٧٦/٥.

وذهب الأحناف: إلى أن نكاح الشغار جائز، لأن شرط الزواج في عقد النكاح أن لا يكون خالياً عن العوض، وقد وجد هاهنا العوض، لأن بضع كل منهما عوض للآخر فوجب أن يجوز. انظر: مختصر الطحاوي: ٨١، والمبسوط: ١٠٥/٥، والبدائع: ١٤٣٠/٣، وما بعدها.

(٥) جاء في المدونة الكبرى: ٩٨/٢: (قال: قال مالك: الشغار بين العبيد مثل الشغار بين الأحرار وأرى أن يفسخ وإن دخل بها).

(٦) جاء في بدائع الصنائع: ١٤٣٠/٣: (ونكاح الشغار صحيح عندنا، وعند الشافعي فاسد، ولنا أن هذا النكاح مؤبد أدخل فيه شرطاً فاسداً حيث شرط فيه أن يكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى، والبضع لا يصلح مهراً، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة).

الشافعي^(١) : لا يصح، وصفته أن يقول : وبضع كل واحدة منهما مهر للأخرى. دليلنا: أنهما عقدا العقد على وجه جعل المستباح فيه مهراً فلا يصح، كما لو زوج عبده بحرة على أن الصداق رقبته، ونخص الشافعي بأن على للبدل كالباء، بدلالة قوله في الإجارة والبيع : بعك بمائة. كان بمثابة قوله : على مائة، وإذا كان كذلك حصل كقوله : وبضع كل واحدة منهما مهر للأخرى.

١٥٠٧ - مسألة: نكاح المتعة^(٢) باطل، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً للرافضة. دليلنا: ما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال لابن عباس : « أن رسول الله ﷺ نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خير »،^(٤) ولأنه عقد في معاوضة مؤبد فلا يصح مؤقتاً كالبيع.

١٥٠٨ - مسألة: نكاح المحلل باطل^(٥)، وصفته : فإذا أطلتكم فلا نكاح بيننا، أو

(١) جاء في المذهب: ١٥٨/٣ : (ولا يجوز نكاح الشغار ... لأنه أشرك في البضع بينه وبين غيره فبطل العقد ...) .

(٢) نكاح المتعة: أصله من المتاع، وهو ما يتبلغ به إلى حين، والتمتع: الانتفاع بالشئ كأنه ينتفع صاحبه. وفي الإصطلاح: هو أن يعقد الرجل على المرأة عقداً بلفظ المتعة أو الزواج. كأن يقول: أتمتع بك شهراً بمقدار كذا، فتقول: قبلت.. وقيل هو: النكاح المؤقت بمدة معلومة، أو مجهولة، أو الخالي عن الولي والشهود. أنظر: مغني المحتاج: ١٤٢/٣، روضة الطالبين: ٤٢/٧، حاشية الشرقاوي: ٢١٨/٢ .

(٣) جاء في الحاوي للماوردي: ٤٤٩/١١ : (قال الماوردي: نكاح المتعة حرام، وهو قول العلماء من الصحابة والتابعين والفقهاء، لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ ، وليست هذه زوجة ولا ملك يمين، فوجب أن يكون فيها ملوماً .. ثم قال: ﴿ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَاوْلَتْكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ فوجب أن يكون عادياً) .

(٤) أخرجه البيهقي: ٢٠٢/٧ .

(٥) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٤١/٣ : (نكاح المحلل وهو أن يتزوجها أي المطلقة ثلاثاً، على أنه إذا أحلها لمطلقها أي وطئها طلقها، أو يزوجه على أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما .. وهو حرام باطل لقول الرسول ﷺ : « لعن الله المحلل والمحلل له » .

فأنت طالق، وقال أبو حنيفة : صح النكاح دون الشرط.^(١) وقال الشافعي : إن قال : فإذا حللتك فلا نكاح بينا، لم يصح. وإن قال : فإذا حللتك فأنت طالق، فعلى قولين. دليلنا : أنه نكاح إلى مدة أو نكاح شرط قطعه دون غايته أشبه المتعة .

١٥٠٩ - مسألة : إذا أعتقد بقلبه تحليلها للأول أو الطلاق في وقت يعينه لم يصح النكاح،^(٢) وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم، وعن أحمد نحوه. دليلنا : أن العقد غير مقصود في نفسه وإنما جعله ذريعة إلى إستباحة غيره والذرائع معتبرة في الأصول.

١٥١٠ - مسألة : إذا شرط الخيار في النكاح بطلا، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: يبطل للشرط خاصة، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية ثالثة^(٣) : يصحان وجه الأولى: أنه قطع الاستباحة في مدة إطلاق العقد يقتضيها أشبه نكاح المتعة.

١٥١١ - مسألة : إذا تزوجها وشرط أن لا ينقلها ولا يتسرى عليها ونحو ذلك صح الشرط^(٤)، وإذا لم يف به ملكت الفسخ، وبه قال عمر ومعاوية وسعد، ومن السلف شريح وعمر بن عبد العزيز، ورأيت محكياً عن مالك، وحتى شيخنا في

(١) جاء في تبين الحقائق: ٢٥٩/٢ : (وكره بشرط التحليل .. وأما لو نوى ذلك في قلبهما ولم يشترطه بالقول فلا عبرة به ويكون الرجل مأجوراً بذلك لقصد الإصلا ح .. وقال أبو يوسف : لا ينعقد النكاح بشرط التحليل للأول ولا تحل له) .

(٢) جاء في المغني: ٥١/١٠ : (قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحللها لزوجها الأول، ولم تعلم المرأة بذلك. قال: هو محلل؛ إن أراد بذلك الإحلال فهو ملعون) .

(٣) جاء في الكافي: ٥٩/٣ : (النوع الثالث: فاسد. وفي فساد النكاح روايتان، وهو أن يزوجه بشرط الخيار) .

(٤) جاء في الإنصاف: ١٥٥/٨ : (صحيح، مثل إشتراط الزيادة في المهر، أو ألا يخرجها من دارها ولا يتسرى عليها فهذا صحيح لازم إن وفى به وإلا فلها الفسخ) .

كتابه عن أكثرهم بطلان الشرط. دليلنا: أنه عقد على منفعة إطلاقه يقتضي المسافرة، فصح أن يشترط قطعها كالمضاربة.

١٥١٢ - مسألة: إذا تزوجها على أن لامهر لها فالنكاح صحيح، والشرط باطل، وبه قال أكثرهم^(١) وقال مالك: النكاح باطل، وعنه أنه يصح، ولها ثلاثة دراهم أو خمسة قراريط. دليلنا: أنه عقد لا يبطله جهالة العوض وليس من شرط ذكر العوض أشبه نكاح النبي ﷺ.

١٥١٣ - مسألة: يثبت الفسخ في النكاح بالعيوب السبعة، وبه قال أكثرهم^(٢)، إلا أن مالك لم يجعل الفسق عيباً^(٣)، وقال أبو حنيفة: لا يثبت الفسخ إلا بالجب والعنة^(٤)، وقال داود: لا يفسخ بشيء من العيوب. دليلنا: أن الرتق عيب يمنع معظم المقصود من الاستمتاع أشبه الجب والعنة.

(١) جاء في الممتع: ١٠٣/٥: (النوع الثاني: أن يشترط أن لامهر لها أو لا نفقة، فالشرط باطل ويصح النكاح).

أما كون الشرط باطل: فلأنه ينافي مقتضى العقد، ولأنه يتضمن إسقاط حصة: تجب بالعقد قبل انعقاده فيبطل كما لو أسقط الشفع شفعته قبل البيع. وأما كون النكاح يصح: فلأن الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به. فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن يصح مع الشرط الفاسد المذكور).

(٢) جاء في الكافي: ٦٠/٣: (أن يجد أحدهما بصاحبه عيباً يمنع الوطء وهو سبعة أشياء، ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي: (الجنون - الجذام - البرص)، وإثنان للرجل: (الجب والعنة)، وإثنان في المرأة: الرتق وهو انسداد الفرج - والفتق وهو انخراق ما بين مخرج البول والمنى، وقيل إنخراق ما بين القبل والدبر) فمن وجد بصاحبه عيباً منها فله الخيار في فسخ النكاح).

(٣) جاء في المدونة: ١٤٢/٢: (من أي العيوب يردها في قول مالك... قال مالك: يردها من الجنون، والجذام، والبرص، والعيب الذي في الفرج).

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٢٥/٢: (لا خلاف بين علماء أن الجب والعنة عيب يثبت بهما الخيار للمرأة في التفريق والبقاء على النكاح). وأختلف أصحابنا في عيوب أخر بالزوج تخل بالوطء مثل الجنون والجذام والبرص... قال أبو حنيفة: لا يثبت الخيار، وقال محمد والشافعي يثبت... وأجمع أصحابنا أنه لا يفسخ النكاح بعيوب في المرأة).

فصل: والدلالة على مالك أنه عقد يثبت فيه الفسخ كالرتق، فيثبت بالفتق كالبيع.

فصل: فإن حدثت هذه العيوب في النكاح بعد العقد، يثبت الفسخ، وبه قال الشافعي، وفيه وجه آخر ذكره أبو بكر وابن حامد: أنه لا يثبت الفسخ، وبه قال مالك، والوجه الأول: أن المعقود عليه هو الوطء وذلك لا يستوفي حالة واحدة بل حالاً فحالاً فصار كعقد الإجارة.

١٥١- مسألة: إذا اعتقت الأمة تحت حر لم يكن لها الفسخ، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: حديث بريرة: « فإنها أعتقت تحت عبد فخيرها النبي ﷺ »^(٢) قالت عائشة: ولو كان حراً ما خيرها رسول الله ﷺ. ومثل هذا لا تقوله إلا توقيفاً، ولأنها ساوته في الفضيلة والكمال فلا يكون سبباً للفسخ، كما لو بلغت تحت بالغ، أو أسلمت تحت مسلم.

فصل: فإن أعتقت تحت عبد فلها الخيار ما لم تمكنه من وطئها،^(٣) وعن الشافعي^(٤) ثلاثة أقاويل، أحدها: كمذهبنا، والثاني: على الفور، والثالث: أنه إلى ثلاثة أيام. دليلنا: أنه جعل للارتياض وطالب الحظ، وهذا لا يحصل بكونه على الفور، وإذا مكنته من نفسها فكأنها اختارت المقام أشبه إذا صرحت بالرضا.

(١) جاء في المغني: ٦٩/١٠: (وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها وهذا قول ابن عمر وابن عباس ومالك والأوزاعي والشافعي .. وقال أصحاب الرأي لها الخيار، ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: ٥٦٢/٢. وأبو داود في سننه: ٥١٧/١.

(٣) جاء في المغني: ٦٨/٧: (وإذا عتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح أجمع أهل العلم على هذا).

(٤) جاء في المذهب: ١٧٧/٤: (وإن أعتقت تحت عبد فطلقها قبل أن تختار الفسخ ففيه قولان؛ أحدهما: أن الطلاق ينفذ، لأنه صادف الملك. والثاني: لا ينفذ، لأنه يسقط حقها من الفسخ، فعلى هذا إن فسخت لم يقع الطلاق، وإن لم تفسخ حكمنا بوقوع الطلاق من حين طلق).

فصل: فإن أعتق الزوج قبل أن تختار سقط خيارها^(١) خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٢). دليلنا: أنما ثبت الفسخ لما عليها من الضرر، وهذا المعنى قد زال فسقط حقها من الفسخ، كما لو كان بالمبيع أو بالمنكوحة عيب ثم زال.

فصل: فإن كانت مطلقة رجعية ثم أعتقت صح أن تختار المقام مع زوجها، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي. دليلنا: إن صح أن تختار نفسها صح أن تختار زوجها كالمعتقة قبل الطلاق.

١٥١٥ - مسألة: إذا حصلت المرأة زوجها عنيئاً أجل سنة^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤) وقال داود: لا يطالب بشيء. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ﴾^(٥)، وقوله: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٦)، وليس هذا من المعروف بل ينافيه.

فصل: فإن ادعى أنه أصابها في مدة السنة وأنكرته أخلي معها في بيت، وقيل

(١) جاء في الممتع: ١١١/٥: (فإن أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها، أما كون خيار الزوجة يبطل إذا عتق الزوج قبل فسخها، فلأن الخيار لدفع الضرر بالرق، وقد زال بإعتاقه، فسقط كالبيع إذا زال عيبه).

وأما كونه يبطل إذا أمكنته من وطئها قبل ذلك، فلأن النبي ﷺ قال في حديث بريرة: «وإن وطئها فلا خيار لها» رواه الإمام أحمد والأثرم.

(٢) جاء في حلية العلماء: ٨٧٥/٢: (فإن لم تختار الفسخ حتى أعتق الزوج سقط خيارها في أحد القولين، وأن طلقها الزوج قبل أن تختار الفسخ نفذ الطلاق في أصح القولين، والثاني: أنه موقوف).

(٣) جاء في المغني: ٨٣/١٠: (وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنيئ لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه...).

(٤) وجاء في الممتع: ١١٨/٥: (أما كون الزوج يؤجل سنة منذ ترافعه الزوجة فلأن عمر -رضي الله عنه- أجل العنين سنة، ولأن ذلك العجز يحتمل أن يكون مرضاً فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال في الرطوبة.. وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة.. وإن كان من إنحراف مزاج زال في زمن الاعتدال.. فإن زالت الفصول الأربعة واختلقت عليه الأهوية ولم يزل علم أنه خلقة...).

(٥) سورة البقرة، الآية رقم: ٢٢٨.

(٦) سورة البقرة، الآية رقم: ٢٢٩.

له أخرج ماءك على شيء. فإن فعل فالقول قوله، وفيه رواية أخرى : القول قوله،^(١) وبه قال أكثرهم،^(٢) وفيه رواية ثالثة : القول قولها، وقال أبو بكر: يزوج بإمرأة عدل فإن ذكرت أنه أصابها فالقول قوله ، والمهر من بيت المال، وإن كذبت فالقول قول الزوجة الأولى ، ومهر الثانية عليه وجه الأولى : وهي إختيار الخرقى : أن العنين في الغالب يعجز عن الإنزال، فإذا أخرج الماء فالظاهر صدقه فحكم به ، كما أنها لو أقامت هي البينة على أنها عذراء جعلنا القول قولها.

(١) جاء في المغني: ٩٢/١٠ : (اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في هذه المسألة، فحكى الخرقى فيها روايتين، إحداهما: أنه يخلي معها، ويقال له: أخرج ماءك على شيء، فإن أخرجه فالقول قوله. لأن العنين يتعذر عن الإنزال، فإذا أنزل تبينا صدقه فحكم به. وهذا مذهب عداء. والرواية الثانية: القول قول الرجل مع يمينه، وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه وجنبته أقوى. وروي عن أحمد رواية ثالثة: أن القول قول المرأة مع يمينها حكاها القاضي في المجرد، لأن الأصل عدم الإصابة).

(٢) جاء في الحاوي: ٥١٤/١١ : (قال الماوردي: وصورتها أن يختلف الزوجان في الإصابة بعد أجل العنة، فتقول الزوجة لم يصبني فلي الفسخ، ويقول الزوج: قد أصبتها فلا فسخ، فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

أ - فإن كانت ثيباً فالقول قول الزوج في الإصابة مع يمينه، ولا خيار لها، لأن ثبوت النكاح يمنع من تصديق قولها في فسخه، فإن حلف سقط خيارها، وإن نكل ردت اليمين عليه.

ب - وإن كانت بكراً إما أن يعترف لها بالبكارة وإما أن ينكرها، وتشهد بها أربعة نسوة عدول، فيكون القول قولها في إنكار الإصابة ...).

كتاب الصداق^(١)

- ١٥١٦ - مسألة: النكاح لا يفسد بفساد الصداق^(٢)، وبه قال أكثرهم ، وبه رواية أخرى : أنه يفسد، وبه قال مالك^(٣) وجه الأولى: وهي إختيار ابن حامد أنه نكاح بمهر فاسد أشبه المغصوب، والثانية : إختيار الخلال وصاحبه.
- ١٥١٧ - مسألة: ليس لأقل الصداق حد^(٤) فما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون

- (١) الصداق: بفتح الصاد وكسرها ، وفيه لغات أخرى، يقال: أصدقت المرأة ، سميت لها صداقاً ، أي مهرأ ، وسمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر ، انظر المصباح المنير ، مادة: صدق، لسان العرب: ٢٤٢٠/٤ .
- وفي الشرع. هو العوض في النكاح ونحوه ، انظر كشاف القناع: ١٢٨/٥ .
- أو ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كإرضاع ورجوع شهود .
- انظر: حاشية الشرقاوي: ٢٦٣/٢ ، وشرح روض الطالب: ٢٠٠/٣ ، ومغني المحتاج: ٢٢٠/٣ .
- (٢) جاء في المغني لابن قدامة: ١١٦/١٠ : (إذا سمي في النكاح صداقاً محرماً كالخمر والخنزير ، فالتسمية فاسدة والنكاح صحيح، نص عليه أحمد، وبه قال عامة الفقهاء، منهم الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي، لأنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً.. فوجب أن يكون صحيحاً، وإن كان عوضه فاسداً، كما لو كان مغصوباً أو مجهولاً. ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض فلا يفسد بتحريمه..).
- (٣) جاء في المدونة الكبرى: ١٤٧/٢ : (قلت أرأيت لو أن رجلاً من المسلمين تزوج امرأة على خمر فدخل بها أو لم يدخل بها أو تناول زمانه معها حتى ولدت له أولاداً أتجزئ هذا النكاح، وتجعل للمرأة صداق مثلها أم لا تجزيه ؟... قال: إذا دخل بها كان له صداق مثلها ... وإن لم يدخل بها فسخ نكاحها ولم يثبتا عليه ...).
- (٤) هذه مسألة وقع فيها خلاف بين العلماء ، ونستطيع أن نلخصه على النحو التالي:
- القول الأول: أن الصداق لا يجوز أن يكون أقل من عشرة دراهم ، أو دينار ذهب خالص .. انظر: الميسوط: ٨٠/٥ ، بدائع الصنائع: ١٤٢٦/٣ .
- القول الثاني: أن الصداق ليس له حد أدنى حتى لو تزوجها بقليل المهر فإنه يجوز، لأن النكاح عقد معاوضة فكان تقدير البذل مفوضاً إلى المتعاقدين ، ولا يكون مقدراً شرعاً.
- انظر مختصر المزني: ص ١٧٩ .

صدّاقاً^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة ومالك^(٣) : أقله نصاب السرقة مع اختلافهما، بما يقطع به السارق . دليلنا : أنه عقد على البضع أشبه الخلع .

١٥١ - مسألة : منافع الحر يجوز أن تكون صدّاقاً، وبه قال أكثرهم^(٤)، خلافاً لأبي حنيفة، وعن أحمد نحوه . دليلنا : أنه عقد يجوز على منافع العبد فجاز على منافع الحر كالإجارة .

١٥١ - مسألة : لايجوز أن يكون القرآن مهراً، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى : يجوز، وبه قال أكثرهم^(٥) وجه الأولى : قوله ﷺ للذي زوجه على مامعه من القرآن : « فلا يكون لأحد بعدك صدّاقاً »^(٦)، ولأنه يختص أن يكون لفاعله قرربة، أشبه الصلاة والصيام .

(١) جاء في الممتع : ١٥٤/٥ : (ولا يتقدر أقله ولا أكثره بل كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون صدّاقاً أما كون الصدّاق لا يتقدر أقله، فلأن النبي ﷺ قال لزوج الموهوبة : إلتمس ولو خاتماً من حديد » ولأنه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه من المال كالبيع والإجارة وغيرهما من عقود المعاوضة) .

(٢) جاء في المذهب : ١٩٤/٤ : (ويجوز أن يكون الصدّاق قليلاً لقوله ﷺ : « أطلب ولو خاتماً من حديد ») .

(٣) جاء في تبين الحقائق : ١٣٦/٢ : (قال رحمه الله : وأقله عشرة دراهم ، أى أقل المهر عشرة دراهم سواء كانت مضروبة أو غير مضروبة ... وقال مالك : مقدر بربع دينار أو ثلاثة دراهم .. وقال الشافعي وأحمد : « ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون مهراً ») .

(٤) جاء في الكافي : ٨٥/٣ : (وكل ما جاز ثمناً في بيع ، أو عوضاً في إجارة من دين وعين ، وحال مؤجل ، ومنفعة معلومة من حر أو عبد كرد عبدها وخدمتها في شيء معلوم جاز أن يكون صدّاقاً) .

(٥) جاء في المغني : ١٠٣/١٠ : (فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صدّاقاً، فقال في موضع : أكرهه ، وقال في موضع : لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن وهذا مذهب الشافعي .. قال أبو بكر في المسألة قولان : يعني روايتين، قال : واختياري أنه لايجوز وهو مذهب مالك وأبي حنيفة) .

(٦) أخرجه سعيد بن منصور في باب تزويج الجارية الصغيرة ، السنن : ١٧٦/١ .

١٥٢٠ - مسألة : تملك المرأة الصداق بالعقد^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال مالك : تملك نصفه، وفائدته إذا طلقها وقد نما، رجع بنصف النماء عندهم، وعن أحمد نحوه. دليلنا : أنه عوض في مقابلة معوض فملك في الحالة التي يملك المعوض، كالعوض في البيع.

فصل : ولا فرق بين أن يقبض هذا الصداق أو لا يقبضه في هذه الفائدة^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : إن كان الصداق في يد الزوج فله نصف النماء. دليلنا : أنه نماء حادث في ملكها، فهو كما لو كان في يدها.

١٥٢١ - مسألة : حدوث النماء في الصداق لا يمنع الزوج الرجوع في عين الصداق إذا طلقها قبل الدخول، ذكره الخراقي، وقال أبو حنيفة : ينتقل إلى نصف قيمته يوم القبض. دليلنا : أنه نماء لو حدث في يد الزوج لم يتمتع كذلك في يدها كالكسب وكالمتصل على أصله خاصة وعكسه عندنا المتصل.

١٥٢٢ - مسألة : إذا هلك الصداق قبل قبضه رجع إلى قيمته، وبه قال أبو حنيفة، وإنما يخرج هذا على أصلنا فيما لا يجعله من ضمان الزوج وهو غير المتعين، وقال الشافعي في أحد قولي : يستحق مهر المثل. دليلنا : أن كل عين مضمونة وجب تسليمها مع بقائها وجب تسليم قيمتها مع هلاكها إذا لم يبطل سبب الاستحقاق كالمغصوبة ولا يلزم الصداق المتعين والمبيع أيضاً المتعين، لأنه غير مضمون على من هو في يده.

١٥٢٣ - مسألة : إذا تزوجها على عبد بعينه فخرج حراً أو مستحقاً فلها قيمته

(١) جاء في الكافي : ٩٣/٣ : (وتملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحاً، لأنه عقد يملك فيه المعوض بالعقد، وفي رواية أخرى قول على أنها لا تملك إلا نصفه، لأنه لو طلقها لم يجب إلا نصفه).

(٢) انظر الممتع : ١٧٧/٥ وما بعدها .

يوم العقد،^(١) قال الشافعي في أحد قوليهِ : لها مهر نسائها^(٢)، ووافقنا أبو حنيفة^(٣) في المستحق، وخالفنا في الحر. فأما الشافعي فالكلام معه كالكلام في التي قبلها، وأما أبو حنيفة فتخصه بأنه قد تعذر ما عينه صداقاً أشبه إذا خرج مستحقاً.

١٥٢ - مسألة : إذا تزوجها على عبد مطلق صحت التسمية ولها الوسط من العبد^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي : هذه تسمية فاسدة ولها مهر مثلها^(٥)، وهو اختيار أبي بكر. دليلنا : أن كل موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلاً عما ليس المقصود منه المال يثبت مطلقاً كالقتل.

- (١) جاء في الممتع : ٢٦١/٥ : (وإن تزوجها على عبد فخرج حرّاً، أو خرج مغصوباً، فله قيمته يوم عقد في الأصح ؛ لأن العقد وقع على التسمية فكانت لها قيمته .. ولأنها رضىت بقيمته إذ ظنته مملوكاً له، فكانت لها قيمته كما لو وجدته معيماً فريدته).
- (٢) جاء في حنية العلماء : ٨٨٤/٢ : (قال الشيخ أبو نصر : وهو أصح القولين عندي، إلا أن أباحنيفة قائل : إذا تزوجها على عبد فبان حرّاً وجب لها مهر المثل ... وقيل : تجب قيمته يوم التلف ... وقال في الجديد : ترجع بمهر المثل، وهو اختيار القاضي أبي الطيب).
- (٣) جاء في تبين الحقائق : ١٥١/٢ : (إذا تزوجها على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر، أو على هذا العبد فإذا هو حر .. فالمذكور هنا : أنه يجب مهر المثل مذهب أبي حنيفة .. وقال أبو يوسف : لها مثل وزن الخمر من الخل، قيمة الحر لو كان عبداً .. ومحمد مع أبي حنيفة في العبد .. ومع أبي يوسف في الخل).
- (٤) جاء في الإنصاف : ٢٣٧/٨ : (وإن أصدقها عبداً مطلقاً لم يصح، وهو المذهب، اختاره أبو بكر وأبو الخطاب والمصنف والشارح وقدمه في المذهب .. وقال القاضي : يصح ولها الوسط، قال في الفروع : وظاهر نصه صحته).
- (٥) جاء في الحاوي للماوردي : ٨/١٢ : (قال المزني : قال الشافعي - رحمه الله - فلو عقد بمجهول أو بحرام ثبت النكاح ولها مهر مثلها. قال الماوردي وهو قول جمهور الفقهاء .. وقال مالك في أشهر الروايتين عنه : (إن النكاح باطل بالمهر الفاسد، وإن صح بغير مهر مسمى استدلالاً بنهي النبي ﷺ عن نكاح الشغار، لفساد المهر فيه. وقال أبو حنيفة : إذا أصدقها عبداً غير معين ولا موصوف جاز وكان لها عبد سندي، لأن الرومي أعلى، والزنجي أدنى، والسندي وسط).

فصل: فإن تزوجها على عبد موصوف ودفع لها القيمة لزمها القبول^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي في قوله لها المطالبة بالموصوف. دليلنا: ما تقدم أن كل موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلاً عما ليس المقصود منه المال يثبت فيه الخيار بين الحيوان والمال كالقتل، ونريد به في الأصل أن الولي مخير بين القصاص والدية وعلى أصلنا خاصة في الخطأ مخير بين الإبل وغيرها، ولا يلزم المتعين لقولنا في الذمة، ولا يلزم البيع والإجارة، لأن المقصود المال ولا يلزم الزكاة لأنها تجب في عين المال والموضع الذي يجب في الذمة كالشاة في خمسة من الإبل فلا يلزم لأنها توجد عن النماء وهو [مال].^(٢)

١٥٢٥ - مسألة: المفوضة البضع^(٣) إذا طلقت قبل الفرض والمسييس فلها المتعة^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال مالك: يستحب ذلك، دليلنا: أنه طلاق في نكاح يقتضي العوض فلا تعرا عن عوض كما لو يسمى لها صداقاً.

(١) جاء في الكافي: ٨٩/٣: (وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح، لأنه يصلح أن يكون عوضاً في البيع، ولا يلزمها قبول قيمته، لأنها استحققت عبداً بعقد معاوضة، فلم يلزمها قبول قيمته كالبيع.

وعند القاضي: يلزمها قبولها قياساً على الإبل في الدية).

(٢) في نسخة (ب) المال.

(٣) المفوضة من التفويض أي التسليم، ويعني بها هنا المرأة التي تنكح بغير صداق، ومنه يقال: فوضت المرأة نكاحها إلى الزوج حتى تزوجها من غير مهر. انظر: المصباح المنير: مادة (فوض).

(٤) جاء في المغني: ١٣٩/١٠: (فإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول، فليس لها إلا المتعة، نص عليه أحمد في رواية جماعة، وهو قول ابن عمر... والشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد رواية أخرى: أن الواجب لها نصف مهر مثلها، لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول).

(٥) جاء في الحاوي: ١٠١/١٢: (قال المزني: قال الشافعي: وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة قال الماوردي: وهكذا كما قال: المفوضة لبضعها إذا طلقها الزوج قبل الدخول فلا مهر لها لسقوطه بالعقد وهو اتفاق، ولها المتعة عندنا، وبه قال الأوزاعي، وأبو حنيفة. وقال مالك: لا متعة لها، وبه قال شريح والليث بن سعد).

فصل : ويتقدّر بما تجزى في الصلاة، وفيه رواية أخرى : أنه موكل إلى اجتهاد الحاكم، وبه قال الشافعي. دليلنا: أن المتعة تثبت شرعاً، فكان لها جهة تثبت من غير حكم حاكم كالإتاء في الكتابة.

فصل : فإن وجدت التسمية بعد التفويض ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى خاصة^(١)، وبه قال الشافعي^(٢) خلافاً لأبي حنيفة في قوله : بل المتعة خاصة وأنه مفروض يستقر بالدخول فيتصف بالطلاق قبل الدخول كالمفروض حين العقد، ولا يلزم مهر المثل لقولنا مفروض.

فصل : فإن تزوّجها على تسمية فاسدة لجهالتها أو غير ذلك فلها المتعة وهو المنصوص عنه، وبه قال أبو حنيفة، ونقل الخراقي نصف مهر المثل، وبه قال الشافعي، وقال مالك^(٣) : لا متعة ولا مسمى بنا على أصله أن المتعة لا تجب. دليلنا: أنه نكاح لا يستحق فيه مسمى، فإذا طلقها قبل الدخول وجب متعة كما لو لم يتم سبباً أصلاً وهما سواء، لأن الفاسد وجوده كعدمه.

(١) جاء في المغني: ١٠/١٣٩: (فإن فرض لها بعد العقد، ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف ما فرض لها، ولا متعة، وهذا قول ابن عمر، وعطاء، والشعبي، والنخعي، والشافعي .. وعن أحمد أن نها المتعة، ويسقط المهر، وهو قول أبي حنيفة، لأنه نكاح عرى عن تسميته، فوجب به المتعة، كما لم يفرض لها .. ومن وجب نصف المهر، لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمي لها صدّاق أو لم يسم لها لكن فرض بعد العقد، وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمي لها، وهو قديم قولي الشافعي، وروي عن أحمد : لكل مطلقة متاع.

(٢) جاء في المهذب: ٤/٢١١: (ومتى فرض لها مهر المثل .. أو ما يتفقان عليه، صار ذلك كالتمسكي في الاستقرار بالدخول والموت ... والتتصف بالطلاق، لأنه مهر مفروض فصار كالمفروض في العقد.

وإن لم يفرض لها حتى طلقها لم يجب لها شيء من المهر ...).

(٣) جاء في بداية المجتهد: ٣/٦٢: (ولا خلاف أعلمه في أنه إذا طلق ابتداءً أنه ليس عليه شيء، وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصدّاق إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض، وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها المتعة فيه شطر مهر المثل).

١٥٢٦ - مسألة : المطلقة بعد الدخول لا متعة لها^(١)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لإحدى الروایتين عن أحمد والشافعي في الجديد^(٢) من قوله. دليلنا: أنه لا يسقط حقها من المهر بالطلاق فلا تستحق المتعة كما لو سمي لها فطلقها قبل الدخول.

١٥٢٧ - مسألة : إذا مات أحد الزوجين قبل الفرض والمسييس وجب مهر المثل^(٣)، وقال مالك : لا مهر لها^(٤)، وعن الشافعي^(٥) كالمذهبين، وقال أبو حنيفة في المسلمة كقولنا، وفي الزميمة كمذهب مالك. دليلنا: ما روي عن النبي ﷺ : «أنه قضى في بروع ابنة واشق^(٦) بمثل ذلك»^(٧)، وأيضاً فإننا نبينه

(١) جاء في الممتع: ١٩٥/٥ : (وإن دخل بها استقر مهر المثل، وإن طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة؟ على روايتين .. أصحابهما : لا تجب.

وأما كون المتعة لا تجب إذا طلقها بعد ذلك على رواية، فلأنه وجب لها مهر المثل فلم تجب لها المتعة، لأن المتعة كالبدل مع مهر المثل).

(٢) جاء في المهذب: ٢١١/٤ : (وإن لم يفرض لها حتى وطئها استقر لها مهر المثل، لأن النكاح من غير مهر خالص لرسول الله ﷺ).

(٣) جاء في السدي: ١٤٩/١٠ : (ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه، وكان لها مهر نسايتها، وأما الصداق: فإنه يكمل لها مهر نسايتها في الصحيح من المذهب وإليه ذهب ابن مسعود ... الخ.

وروي عن علي وابن عباس وابن عمر ومالك والأوزاعي : لا مهر لها، لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسييس فلم يجب بها مهر).

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٦٢/٣ : (وإذا مات الزوج قبل تسمية الصداق، وقبل الدخول بها، فإن مالكاً وأصحابه والأوزاعي قالوا: ليس لها صداق ولها المتعة والميراث.. وقال أبو حنيفة: لها صداق المثل والميراث .. وبه قال أحمد وداود .. وعن الشافعي: القولان جميعاً).

(٥) جاء في المهذب: ٢١١/٤ : (وإن مات أو أحدهما قبل الفرض ففيه قولان، أحدهما: لا يجب لها المهر. لأنها مفوضة فارتقت زوجها قبل الفرض والمسييس، فلم يجب لها المهر .. والثاني: يجب المهر.

(٦) بروع بنت واشق الأشجعية: زوج هلال بن مرة، صحابية جلييلة. انظر: الإصابة في تمييز الصحابة. ٢٤٤/٤.

(٧) رواه أبو داود في كتاب النكاح، الحديث ٢١١٤، ورواه الترمذي الحديث ١١٤٥، ورواه النسائي: ١٢١/٦، وجامع الأصول: ١٦/٧، والبيهقي: ٢٤٤/٧، والدارمي: ٥٩٤/٢.

على أن المهر وجب بالعقد بدلالة أنها تمنع نفسها حتى تقبضه وترافعه إلى الحاكم ليقتضي به، ولأنه لو لم يجب بالعقد ما وجب بالدخول لأنه يصرف في ملكه، وإذا ثبت ذلك لم يسقط بالموت كالمسمى.

فصل: إذا ثبت مهر المثل^(١) فهو معتبر بنساء أقربائها من العصبات وغيرهن، وهي اختيار أبي بكر، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: يختص بنساء العصبات، وبه قال الشافعي، وقال مالك: المهر معتبر بأحوال المرأة في شرفها وجمالها ومالها دون نسائها.^(٢) دليلنا: أن بينهما رحم أشبه نساء العصبات، ويختص مالك بحديث بروع وأنه قال بمهر نسائها.

١٥٢٨-مسألة: إذا اختلف الزوجان في التسمية^(٣)، فإن كان مهر مثلها ماتدعيه أو أكثر فالقول قولها وتحلف، وكذلك إن كان ما اعترف به الزوج مهر مثلها فأكثر فالقول قوله مع يمينه، وإن كان ما تقر به أقل من مهر مثلها وما تدعيه هي أكثر رجع إلى مهر مثلها، [.....]^(٤) وقال أبو يوسف: القول قول الزوج على الإطلاق، وعن أحمد نحوه، وقال مالك: إن كان قبل الدخول تحالفاً أو

(١) مهر المثل: هو مهر امرأة تماثلها الزوجة وقت العقد من أسرة أبيها كأختها الشقيقة، أو لأب وعمها: شرح روض الطالب: ٣/٢١٠، وحاشية ابن عابدين: ٣/١٤٠، وحاشية الطحاوي: ٦١/٢.

(٢) جاء في المذهب: ٤/٢١٢: (ويعتبر مهر المثل بمهر نساء العصبات .. فإذا لم يكن نساء وعصبات، اعتبر بأقرب النساء إليها من الأمهات والخالات .. فإن لم يكن بنساء بلدها. ويعتبر بمهر من هي على صفتها في الحسن والعقل والعفة واليسار).

(٣) جاء في المغني: ١٣٧/١٠: (إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق، فإن كان بعد الدخول نظرنا، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه، وجب ذلك من غير يمين، لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل، فلا فائدة في الاختلاف .. وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفس ذلك ويجب لها مهر المثل).

(٤) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

تفاسخا، وإن كان بعده فالقول قول الزوج، وقال الشافعي: الوجه كلها يتحالفان ويرجع إلى مهر المثل.^(١)

١٥٢٩ - مسألة: إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق فالقول قول الزوجة، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال مالك: إذا كان بعد الدخول فالقول قوله. دليلنا: أنه مدعي براءة ذمته من حق عليه فلا يقبل منه كقبول الدخول أو بعده في حق من جرت عادتهم بالتسليم قبل القبض.

١٥٣٠ - مسألة: إذا تزوج معتدة منه بخلع ثم طلقها قبل الدخول فعليه نصف المسمى ويبنى على ما مضى من العدة، وقال أبو حنيفة: يستأنف العدة وعليه جميع المهر. دليلنا: أنها مطلقة قبل الخلوة والمسييس أشبهه إذا تزوجها بعد انقضاء العدة.

١٥٣١ - مسألة: الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج^(٣)، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: الولي، وبه قال مالك والشافعي في القديم^(٤): والفائدة فيه هل

(١) جاء في بدائع الصنائع: ١٤٨٧/٣: (فإن كان قبل الطلاق، فإن كان الاختلاف في أصل التسمية بجب مهر المثل، لأن الواجب الأصلي في باب النكاح هو مهر المثل، لأنه قيمة البضع، وقيمة الشيء مثله في كل وجه).

(٢) جاء في كشف القناع: ١٥٥/٥: (وإن اختلفا في قبض المهر قبل الدخول أو بعده فقولها بيمينها لحديث، واليمين على من أنكر).

(٣) قال ابن قدامة: (اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح:

فظاهر مذهب أحمد أنه الزوج، وبه قال أصحاب الرأي والشافعي في الجديد. وعن أحمد أنه الولي إذا كان أبا الصغيرة، وهو قول الشافعي في القديم إذا كان أباً أو جداً. وحكي عن مالك أنه الولي؛ لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح).

(٤) جاء في المهذب: ٢٠٩/٤: (وفيمن بيده عقدة النكاح قولان، قال في القديم: هو الولي فيعفو عن النصف الذي لها، لأن الله خاطب الأزواج فقال سبحانه وتعالى: «وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح»).

وقال في الجديد: هو الزوج فيعفو عن النصف الذي وجب له بالطلاق.. أما الولي فلا يملك العفو، لأنه حق لها..).

يصح عفو الأب عن صداق ابنته وجه الأولى وهي اختيار الخرقى أن من لا يصح عفوه قبل الطلاق لا يصح بعده كالصبي والمجنون وما عدا الأب من العصابات وولي الثيب.

١٥٣٢ - مسألة : إذا تزوج امرأتين على ألف صحت التسمية^(١) وقسمت بينهما على قيمة بضعيهما، ذكره ابن حامد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وقال في القول الآخر : تبطل التسمية وتستحق كل واحدة مهر مثلها^(٢)، وقال أبو بكر من أصحابنا يقتسمان الألف بالسوية. دليلنا : أنه لو أفرد كل واحدة منهما بتسمية صحت التسمية كذلك إذا عممها كما لو ابتاع عيين.

١٥٣٣ - مسألة : إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول لم يسقط مهرها حرة كانت أم أمة^(٣)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي^(٤). دليلنا : أنه دين لا يسقط بموتها فلا يسقط بقتلها نفسها كسائر الديون.

(١) جاء في الكافي: ٩٣/٣ : (وإذا تزوج أربعاً بصداق واحد صح، لأن جملة صداقهن معلوم، ويقسم بينهما على قدر مهرهن.. وقال أبو بكر: يخرج فيه وجه آخر: أنه يقسم بينهما على عددهن. لأنه أضيف إليهن إضافة واحدة).

(٢) جاء في الحاوي للماوردي: ٩٠/١٢ : (قال المازري في رجل تزوج أربع زوجات في عقد وأصدقهن ألفاً.. فإن بين منها مهر كل واحدة منهن صح النكاح والمهر.. وإن لم يبين فالنكاح صحيح، وفي المهر قولان: أحد القولين: أن ذلك صحيح، لأن تزويجه بأربع في عقد على صداق ألف كإتياعه أربعة أعيد في عقد بألف وذلك يجوز إجماعاً.

القول الثاني: أنه باطل، لأن مهر كل واحدة منهن من ألف مجهول في حال العقد فلم يصح فإذا تقرر ما ذكرنا..

فإن قلنا ببطالان الصداق كان لكل واحدة منهن مهر مثلها.. وإن قلنا بصحته قسمت الألف على مهر أمثالهن وكان لكل واحدة منهن قسطاً من الألف).

(٣) جاء في الممتع: ١٨٦/٥ : (وأما كونها يستقر مهرها كاملاً إذا قتلت نفسها، فلائها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح، فاستقر بها المهر، كما لو ماتت حتف أنفها فإن قيل إذا قتلت نفسها قد أنلفت المعوض قبل تسليمه فيجب أن يسقط المعوض، كائناً.. قيل: الردة لم ينته معنا العقد فالتلف حاصل مع عدم انتهائه بخلاف القتل فإنه انتهى به).

(٤) جاء في مغني المحتاج: ٢١٨/٣ : (والمذهب المنصوص أن الحرة لو قتلت نفسها أو ماتت قبل دخول لا يسقط مهرها، والمذهب أن الأمة لو قتلت نفسها قبل الدخول سقط مهرها الواجب لها على النص لتفويته محله قبل تسليمه).

١٥٣٤ - مسألة: إذا اشترت المرأة زوجها بعد الدخول تحول مهرها إلى ثمنه ولم يسقط، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: يبطل. دليلنا: أن من أصلنا أن المهر في ذمة السيد فلا يسقط بالبيع كما لو بيع من أجنبي، وكالغريم إذا بيع من صاحب الدين.

١٥٣٥ - مسألة: يجوز رد الصداق بالعيب اليسير^(١)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٢). دليلنا: أن ما جاز رده بالعيب الكثير جاز باليسير كالبيع.

١٥٣٦ - مسألة: الزيادة في الصداق بعد العقد يلحق به، وفيه رواية أخرى: لا يلحق، وقال أبو حنيفة^(٣): هي ثابتة إن دخل بها أو مات عنها. فأما إن طلقها قبل الدخول فلا، وقال مالك: يثبت جميعها بالدخول ويتنصف بالطلاق قبل الدخول، ويبطل بالموت قبل الدخول، وقال الشافعي: هي هبة مستقبلية وحكمها حكم الهبات، فالدلالة على ثبوتها في الجملة أن ما بعد العقد حالة لفرض الصداق فكانت حالة للزيادة كحالة العقد، ويدل على أنها تتنصف بالطلاق أنها تسمية تستقر بالدخول وبالموت فهي كالتسمية حين العقد، والدلالة على أنها تستقر بالموت أنها تسمية تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق أشبه ما ذكرنا.

(١) جاء في المغني: ١٠/١٠٨: (وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معيناً، فوجدت به عيباً فلها رده كالبيع المعيب، ولا نعلم في هذا خلافاً إذا كان العيب كثيراً، فإن كان يسيراً، فحكى عن أبي حنيفة أنه لا يرد به.

ولنا: أنه عيب يرد به المبيع، فرد به الصداق، كالكثير، وإذا رده فلها قيمته، لأن العقد لا يفسخ برده، فيبقى سبب استحقاقه فيجب عليه قيمته).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٣/١٤٥٧: (وهل يثبت خيار العيب في المهر...؟ ينظر في ذلك إن كان العيب يسيراً لا يثبت، وإن كان فاحشاً يثبت، لأن الأعيان لا تخلوا عن قليل العيب عادة فيرده ثم يقبض مثله فيؤده إلى مالها...).

(٣) جاء في الممتع: ٥/١٧٩: (فإن كان الصداق زائداً زيادة منفصلة رجع في نصف الأصل والزيادة لها، لأنها نماء ملكها... وإن كانت متصلة فهي مخيرة بين دفع نصفه زائداً، وبين دفع نصف قيمته يوم العقد).

١٥٣- مسألة: تستحق التسمية بالدخول في النكاح الفاسد كالصحيح^(١) سواء، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لها أقلّ الأمرين من مهر المثل أو التسمية^(٢)، وقال الشافعي^(٣): لها مهر مثلاً. دليلنا: أنه صدّاق يثبت في النكاح الصحيح فيثبت في الفاسد كمهر المثل، ونخصّ أباً حنيفة بأن كل عقد يثبت فيه المسمى إذا كان مهر المثل مما دون يثبت فيه وإن كان أكبر كالنكاح الصحيح.

١٥٣- مسألة: إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه ودخل بها فلها الخمسان من المسمى إذا لم يزد على قيمته، وهو اختيار الخرقي، وفيه رواية أخرى: لها مهر مثلاً، وبه قال الشافعي، وقال مالك: لها المسمى كاملاً^(٤). دليلنا: ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قضى بذلك^(٥)، والصحابي إذا خالف القياس فإنما يفعله توقيفاً. فكأنه رواه عن النبي ﷺ، وأيضاً فإن المهر يجري مجرى ضمان الجناية، لأن الشهود يضمنون إذا رجعوا عن شهادتهم كما يضمنون إذا شهدوا بالجناية ثم ذلك لا يستوي فيها الحر والعبد، كذلك ها هنا.

- (١) جاء في الكافي: ١١٥/٣: (ويجب المهر للموطوءة في نكاح فاسد لقول النبي ﷺ في التي أنكحت نفسها بغير إذن وليها، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها).
- (٢) جاء في بدائع الصنائع: ١٤٥٠/٣: (فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد حتى لا يلزم المسمى، لأنه ليس بنكاح إلا أنه إذا وجد الدخول يجب مهر المثل لكن بالوطء لا بالعقد).
- (٣) جاء في روضة الطالبين: ٢٨٨/٧: (الوطء في النكاح الفاسد، يوجب مهر المثل، باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة، ولا يعتبر يوم العقد إذ لا حرمة للعقد الفاسد).
- (٤) جاء في الكافي: ١١١/٣: (وإن تزوج بغير إذن سيده، فالنكاح باطل، فإن فارقها قبل الدخول فلا شيء عليه، وإن دخل بها ففي رقبته صدّاقها، لأنه وجب بجنايته، فكان في رقبته كسائر جنائياته، وفي قدره روايتان، إحداهما: مهر مثلاً، لأنه وطء يوجب المهر، فأوجب جميعه كوطء المكره. والثانية: يجب عليه خمسا المهر).
- (٥) لما روى خلاص أن غلاماً لأبي موسى تزوج بمولاة تيحان التيمي بغير إذن أبي موسى، فكتب في ذلك إلى عثمان رضي الله عنه، فكتب إليه: أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صدّاقها، وكان صدّاقها خمسة أبعرة.. رواه عبدالرزاق في المصنف: ٢٤٣/٧، وابن أبي شيبة في المصنف: ٢٥٩/٤.

١٥٣٩ - مسألة: إذا تزوجها بمهر أجل وأطلقا، كان انتهاء المدة الفرقة بموت أو طلاق^(١)، وقال أكثرهم: الشرط باطل. دليلنا: أن الأجل تابع للمهر ثم المهر يصح تسميته مجهولاً وهو مهر المثل، كذلك تابعه.

١٥٤٠ - مسألة: إذا تزوجها على عبد وأقبضها إياه ثم طلقها قبل الدخول وأعتق حصته صح العتاق، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها ملكته بالعقد، وبالإطلاق زال سبب الملك، أشبه إذا كان قبل القبض وإذا حكم الحاكم بعود ذلك.

١٥٤١ - مسألة: إذا أسلم الزوجان أو أحدهما وقد سميا خمرأً أو خنزيراً، فلها مهر مثلها^(٢)، ذكره الخرقى، وبه قال الشافعي، وقد أومئ إليه أحمد وبترجى رواية أخرى: إن كان معيناً فليس لها غيره بناءً على الصداق المتعين من ضمان الزوجة، وإن كان في الذمة فقيمته بناءً على من زوج على عصير فخرج خمرأً، وقال أبو حنيفة: إن كانت التسمية على معين فليس لها غيره، وإن

(١) جاء في الإنصاف: ٢٤٤/٨: (أعلم أن الصداق يجوز فرضه مؤجلاً أو معجلاً بطريق أولى، ويجوز بعضه معجلاً، وبعضه مؤجلاً).

ومتى فرض الصداق وأطلق: اقتضى الحلول... وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله، وإن شرطه مؤجلاً ولم يذكر محل الأجل... فعلى المذهب محله الفرقة عند «أصحابنا» ومنهم القاضي وجزم به في المحرر: وقدمه في الفروع. وعنه يكون حالاً... وقال ابن عقيل: يحتمل أن يكون الأجل إلى حين الفرقة أو حين الخلوة والدخول، وقال الشيخ تقي الدين: الأظهر أنهم أرادوا بالفرقة البينة. انظر: كشف القناع: ١٣٤/٥.

(٢) جاء في المغني: ٣٣/١٠: (وجملته أن الكفار إذا أسلموا، وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض، لم تعرض لما فعلوه، وما قبضت من المهر فقد نفذ، وليس لها غيره حالاً كان أو حراماً... لأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق، لتطاول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام، ففيه تنفيرهم عن الإسلام فعفى عنه).

وإن لم يتقابضا، فإن كان المسمى حالاً: وجب ما سمي به، لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب.

وإن كان حراماً: كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول. وصفه إن وقعت الفرقة قبله وقبضته استقر... وإن كان صحيحاً ولم تقبضه أخذته لوجوبه بالقدم... وإن لم تقبض المهر الفاسد فلها مهر المثل، لأنه يجب في التسمية الفاسدة).

كانت في الذمة ففي الخمر قيمته، وفي الخنزير مهر المثل استحساناً. دليلنا: أن الإسلام الطارئ على العقد قبل القبض كالإسلام الموجود حين العقد، بدلالة البيع إذا وقع على محرم ثم أسلماً قبل القبض بطل العقد، وإذا كان كذلك يجب أن يكون في مسئلتنا كذلك.

فصل: فإن عقد النميان نكاحاً بلا صدّاق وذلك يجوز في شرعهم ثم ترافعا إلينا، حكمنا عليهم بالمهر، وقال أبو حنيفة: لا شيء لها. دليلنا: أن الكافر من أهل دارنا وأحكامنا تجري عليه، فصار كالمسلم.

١٥٤ - مسألة: إذا طلقها قبل الدخول وقد اشترت بالصدّاق جهازاً لزمها رد نصف الصدّاق دون الجهاز، وبه قال أكثرهم، وقال مالك^(١): يجب له نصف الجهاز. دليلنا: أنها تصرفت بالصدّاق باختيارها فهو كما لو اشترت به غير الجهاز أو ما لا يجهز به مثلاً.

١٥٤ - مسألة: إذا كان الصدّاق مقبوضاً فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول، رجع عليه بنصف قيمته^(٢)، وهو اختيار أبي بكر، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى: لا يرجع بشيء، وعن الشافعي كالمذهبين^(٣)، وقال أبو حنيفة: إن كان

(١) جاء في المدونة الكبرى: ١٥٨/٢: (قلت: أرأيت إن تزوجها بألف درهم فاشترت منه بالألف الدرهم داره أو عبده، ثم طلقها قبل البناء بها بما يرجع عليها في قول مالك...؟ قال مالك: يرجع عليها بنصف الدار أو العبد.. أما لو اشترت من غيره فله نصف الألف.. قال مالك: إلا أن يكون ما اشترت من غير الزوج شيئاً مما يصلحها في جهازها خادماً أو عطراً أو ثياباً أو أسرة أو وسائل).

(٢) جاء في المحرر: ١٦٤/١٠: (إذا أصدق امرأة عينا، فوهبتها له، ثم طلقها قبل الدخول بها، فعن أحمد فيه روايتان، إحداهما: يرجع عليها بنصف قيمتها، وهو اختيار أبي بكر، وأحد قولي الشافعي؛ لأنها عادت للزوج بعقد مستأنف. والرواية الثانية: لا يرجع عليها، وهو قول مالك والمزني وأحد قولي الشافعي، وهو قول أبي حنيفة...).

(٣) جاء في المذهب: ٢٠٨/٤: (وإن كان الصدّاق عينا فوهبته من الزوج، ثم طلقها قبل الدخول ففيه قولان، أحدهما: لا يرجع عليها، وهو اختيار المزني، لأن النصف تعجل له بالهبة. والثاني: يرجع، وهو الصحيح، لأنه عاد إليه بغير الطلاق فلم يسقط حقه بالطلاق...).

عروضاً لم يرجع، وإن كان نقداً ولم تقبضه فكذلك، وإن كان قبضته رجع بنصفه وجه الأولى: أن الصداق عاد بعقد مستأنف أشبه إذا عاد ببيع، وإذا كان نقداً مقبوضاً.

١٥٤٤ - مسألة: إذا سلمت المرأة نفسها قبل قبض صداقها، فهل لها أن تمتنع حتى تقبضه؟ ذكر ابن بطة وابن شاقلا: أنها لا تمتنع، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال ابن حامد: تمتنع، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: أنه تسليم يستقر به العوض وجد برضا من له الحق فهو كالبايع إذا سلم المبيع.

١٥٤٥ - مسألة: المهر يستقر بالخلوة^(٢)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم^(٣). دليلنا: أنه عقد على منفعة فقام التمكين فيه من الاستيفاء مقام الإستيفاء كالأجارة.

- (١) جاء في الكافي: ٩٤/٣: (وإن سلمت نفسها ثم أراد المنيع فقد توقف أحمد عن الجواب وذهب أبو عبد الله ابن بطة، وأبو إسحاق بن شاقلا: إلى أنه ليس لها ذلك، لأنها سلمت تسليماً استقر به العوض برضا المسلم، فلم يكن لها المنيع ... وذهب ابن حامد إلى أنها لها ذلك، لأنه تسليم بحكم عقد النكاح فملك المنيع قبل قبض صداقها كالأول).
- (٢) الخلوة: هو أن يختلي الرجل بامرأته في بيت ويغلق عليهما الباب أو يرخي الستر، ولم يكن بينهما طينى ولا شرعى، ولم يكن معهما ثالث ولكنه لم يدخل بها .. أي هو اجتماع الزوجين في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما.
- (٣) هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء على قولين:

الأول: أن الخلوة الصحيحة تؤكد المهر وهو قول الحنفية والحنابلة، وقول الشافعي القديم، وقد استدلوا على ذلك بقول تعالى: ﴿وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم إلى بعض﴾ فالحق سبحانه وتعالى أوجب المهر كاملاً في حالة الإفضاء، والمقصود به الاختلاء بالزوجة. وبه رواه أحمد عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً وأرخى ستراً فقد وجب المهر ووجب العدة. انظر: الكافي: ٩٥/٣، وبدائع الصنائع ١٤٥٨/٣، والمبسوط: ١٤٩/٥، والمهذب: ٥٧/٢.

الثاني: أن الخلوة الصحيحة لا تؤكد المهر ولا تؤثر فيه. ذهب إلى ذلك الشافعي والمالكية وقد استدلوا على ذلك بأنه طلاق قبل الدخول .. والطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق لقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ فالحق سبحانه وأوجب: نصف المهر بالطلاق قبل الدخول. راجع: مغني المحتاج ٢٢٥/٣، ومختصر المزني: ص ١٨٤.

فصل: فإن خلا بها وهي صائمة، أو محرمة، أو حائض، أو رتقاء إستقر الصداق خلافاً لأبي حنيفة وإحدى الروایتین وجه الأولى : وهي اختيار الخرقى^(١) أنه معني يكمل الصداق إذا عدت هذه الصفات فكملة، وإن وجدت كالدخول.

فصل: فإن خلا بها وهو محرم، أو صائم، أو مجبوب، أو عنين استقر الصداق، وقال أبو حنيفة : لا يستقر فيما عدا المجبوب والعنين. دليلنا: أنه حكم يتعلق بالخلوة إذا لم يكن صائماً فتعلق وإن كان صائماً كالعدة.

فصل: فإن خلا بها في نكاح فاسد استقر الصداق خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه تسليم يستقر به المهر في النكاح الصحيح، كذلك في الفاسد كالدخول.^(٢)

فصل: فإن قبلها بحضرة الناس استقر الصداق^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنهم قد قالوا : القبلة كالدخول في تحريم المصاهرة، فهلا قالوا ذلك في المهر ؟

١٥٤٦ - مسألة : إذا نقص الصداق في يد الزوجة ثم طلقها قبل الدخول،

(١) جاء في الكافي: ٩٥/٣: (وإن كان بها عذر، كالإحرام، والصيام الواجب، والمرض، أو بأحدهما كالحيض والنفاس والرتق، والجب، والعنة، ففيه ثلاث روايات: الأولى: يستقر الصداق.

الثانية: لا يستقر.

الثالثة: إن كان المانع هو صوم رمضان لم يكمل الصداق..).

(٢) جاء في الإنصاف: ٣٠٥/٨: (ولا يستقر المهر في النكاح الفاسد بالخلوة.. هذا اختيار المصنف وجمهور العلماء.. وقال أصحابنا: يستقر وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.

(٣) جاء في المغني: ١٥٧/١٠: (فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة وجوها، فالمنصوص عن أحمد أنه يكمل به الصداق.

فالأزواج بالخيار بين أن يأخذنه ناقصاً ويأخذ الأرض وهو نصف قيمته يوم إصداقها^(١)، وفيه رواية أخرى: ليس له الأرض مع الرجوع في نصف العين، وبه قال أبو حنيفة، وهو اختيار الخرقى، وهكذا الحكم في المبيع إذا نقص في يد المشتري ثم ظهر على عيب إن شاء أمسك وطالب بالأرض وجه الأولى: أن المهر حصل مضموناً على المرأة بالقبض فهو كالمقبوض على وجه السوم والقرض.

١٥٤٧ - مسألة: إذا تزوج امرأتين على ألف وإحداهما تحت زوج أو في عدة، فالألف بينهما على قدر مهرهما^(٢)، وقال أبو حنيفة: هو للذي صح نكاحها. دليلنا: أنه جعل المهر لهما فلا ينفرد به أحدهما كما لو صح النكاح فيهما.

١٥٤٨ - مسألة: النثار^(٣) مكروه في العرس، وهو اختيار الخرقى^(٤)، وفي رواية أخرى: لا يكره، وهي اختيار أبي بكر، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: أنه يؤخذ نهبه فهو سخف ودناءة، فصار كسائر الأشياء الدنيئة^(٥).

(١) جاء في التكماني: ٩٩/٣: (الحال الثاني: أن يجده ناقصاً كعبد مرض أو نسي صناعته فالزوج بالخيار بين أخذه ناقصاً، لأنه يرضى بدون حقه.. وبين تركه ومطالبتها بقيمته أو نصفها يوم وقع العقد).

(٢) قال ابن قدامة: (وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد، وإحداهما ممن لا يصح العقد عليها، لكونها محرمة عليه، أو غير ذلك، وقلنا بصحة النكاح في الأخرى فلها بحصتها من المسمى، وبه قال الشافعي على قول وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة: المسمى كله للتي يصح نكاحها، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال، فصار كأنه تزوجها والحائض بالمسمى .. انظر: المغني: ١٧٥/١٠).

(٣) النشر: ما ينثر على رأس العروس من دراهم أو غيرها. انظر لسان العرب: مادة (نثر).

(٤) جاء في النمتع: ٢١٦/٥: (والنثار والتقاطه مكروه.. وعنه: لا يكره.. أما كون النثار والتقاطه مكروهاً على المذهب، فلأن النبي ﷺ نهى عن النهب والمثلة، ولأن فيه تزاحماً وقتالاً، وربما أخذ من نكته صاحب النثار أخذه لحرصه وشره ودناءة نفسه).

(٥) جاء في المذهب: ٢٢٤/٤: ويكره النشر، لأن التقاطه دناءة وسخف، ولأنه يأخذ قوم دون قوم، ويأخذ من غيره أحب). انظر: مغني المحتاج: ٢٤٩/٣، وروضة الطالبين: ٣٤٢/٧.

١٥٤٩ - مسألة: وليمة العرس^(١) مستحبة، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال الشافعي: واجبة^(٣). دليلنا: أنه إطعام لحادث سرور أشبه الولادة والختان.

فصل: والإجابة إليها واجبة، وبه قال أكثر الشافعية^(٤)، وقال أكثر الفقهاء: لا تجب. دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «من دعي إلى وليمة فلم يجب فقد عصى الله ورسوله»^(٥)، ولأنه مشروع كرد السلام، ثم ذلك واجب، كذلك هاهنا.

١٥٥٠ - مسألة: لا تستحب الوليمة بغير العرس خلافاً لأكثرهم^(٦). دليلنا: ما روي عن عثمان بن أبي العاص أنه دعي إلى ختان فأبى أن يجيب، فقليل له في ذلك فقال: «إنا كنا في عهد رسول الله ﷺ لا نجيب إلى ختان ولا ندعى إليه»^(٧).

(١) الوليمة: شتقة من ولم الزوجين، وهو اجتماعهما، والولم: الجمع، ومنه سمي العقد الولم، لأنه يجمع الرجلين، وقيل: الوليمة: من الولم وهو خيط يربط، لأنها لعقد الموصلة. وشرعاً: في الطعام الذي يدعى إليه الناس عند حادث سرور، إلا أن استعمالها في العرس أشهر. انظر: روضة الطالبين: ٣٢٣/٧.

(٢) جاء في كشف القناع: ١٦٦/٥: (ووليمة العرس سنة مؤكدة، لأنه ﷺ أمر بها وفعالها ولو بشيء قليل كمدنين من شعر...).

(٣) جاء في الحاوي: ١٩١/١٢: (فأما وليمة العرس فقد علق الشافعي الكلام في وجوبها... أما أصحاب الشافعي فاختلف أصحابنا في وجوبها على وجهين: أحدهما: أنها واجبة.. والثاني: وهو الأصح - إنها غير واجبة لقول النبي ﷺ: «ليس في المال حق سوى الزكاة»، ولأنه طعام لحادث سرور فأشبهه سائر الولائم، ولأن سبب هذه الوليمة عقد النكاح وهو غير واجب، ففرعه أولى أن يكون غير واجب).

(٤) جاء في المنعني: ١٩٣/١٠: (قال ابن عبد البر: لا خلاف في وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعي إليها إن لم يكن فيها لهو، وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه).

(٥) انظر: البخاري: ٣١/٧، وصحيح مسلم: ١٠٥٢/٢، وسنن ابن ماجه: ٦١٦/١، وسنن الدارمي: ١٤٣/٢، والإمام أحمد في المسند: ٢٠/٢.

(٦) جاء في الممتع: ٢٠٧/٥: (وأما كون سائر الدعوات والإجابة إليها غير واجبة؛ فلما روي عن عثمان بن أبي العاص: أنه دعي إلى ختان فأبى أن يجيب. وقال: إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ. رواه الإمام أحمد).

(٧) أخرجه أحمد في مسنده: ٢١٧/٤، والطبراني في المعجم الكبير: ٥٧/٩.

مسائل القسم^(١) والنشوز^(٢)

١٥٥١ - مسألة: الأمة على النصف من الحرية في القسم^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال مالك في إحدى روايتيه وداود: هما سواء. دليلنا: قوله ﷺ في حديث الحسن البصري: «لا تنكح الأمة على الحرية، وللحررة الثلثان من القسم، وللأمة الثلث»^(٥)، ولأن القسم مستحق على قدر الاستمتاع، لأنه هو المقصود والاستمتاع بالحررة أكثر، لأن الأولاد منها أحرار، ولأنها معه ليلاً ونهاراً، والأمة بخلافه.

١٥٥٢ - مسألة: إذا كانت الزوجة مملوكة افتقر العزل عنها إلى إذن^(٦)، خلافاً للشافعي. دليلنا: أنها زوجة أشبه الحرية.

فصل: ويعتبر إذن سيدها، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وقال أبو يوسف: بل إذنهما. دليلنا: أن السيد أحق بحضانة ولدها فكان إذنُه معتبر كالحررة، لما كانت بهذه المثابة كانت معتبرة الإذن.

(١) القسم: هو توزيع الزمان على زوجاته إن كن ثنتين فأكثر. كشف القناع: ١٩٨/٥.

(٢) النشوز: مأخوذ من النشز، وهو ما ارتفع من الأرض.

في الاصطلاح: هو معصيتها إياه فيما يجب عليها.

(٣) جاء في المغني: ٢٤٦/١٠: (ويقسم لزوجته الأمة ليلة، وللحررة ليلتين).

(٤) عن علي رضي الله عنه أنه قال: (من نكح حررة على أمة فللحررة ليلتان، وللأمة ليلة). انظر: البيهقي: ٢٩٩/٧.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٧٥/٧.

(٦) جاء في المغني: ٢٣٠/١٠: (ويجوز العزل عن أمته بغير إذنهما. نص عليه أحمد، وهو قول مالك وأبي حنيفة).

١٥٥٣ - مسألة : إذا تزوج امرأة وعنده غيرها، فإن كانت الجديدة بكرًا أفردتها بسبعة أيام،^(١) وإن كانت ثيبًا خيرها بين ثلاثة لا تقضيها أو سبعة تقضيها، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة وداود : لا تفضل الجديدة على غيرها. دليلنا : قوله ﷺ لأم سلمة حين دخل بها : « ليس بك هوان على أهلك إن شئت أقمت معك ثلاثًا خالصة بك، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي »^(٢)، وأيضًا فإننا قد بينا أن القسم على قدر الاستمتاع، بدلالة الحرة مع الأمة، والجديدة أكثر استمتاعًا فلم تساويها.

١٥٥٤ - مسألة : لا يجوز للرجل أن يسافر بأحد نسائه إلا برضائن، أو تستحق ذلك بالقرعة، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لإحدى الروايتين عن مالك.^(٤) دليلنا : أن الحقوق متساوية على وجه لا مزية لأحدهن على الأخرى، أشبه الحاكم إذا عدل الأنصاء بين الشركاء وتشاحا.

فصل : فإن أخرجها بغير قرعة قضى للبواقي، وبقرعة لا يقضي، وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم : لا يقضي بحال. وقال داود : يقضي بكل حال. دليلنا :

(١) جاء في كشف القناع : ٢٠٧/٥ : (وإذا تزوج بكرًا ولو أمة ومعه غيرها ولو حرائر أقام عندها سبعة ثم دار، وإن تزوج ثيبًا ولو أمة أقام عندها ثلاثاً ...).

(٢) رواه مسلم : ١٠٨٣/٢ ، كما أخرجه أبو داود في سننه : ٤٩٠/١ ، وابن ماجه : ٦١٧/١ ، وسنن الدارمي : ١٤٤/٢ ، ومالك في الموطأ : ٥٢٩/٢ ، والإمام أحمد في المسند : ٢٩٢/٦ .

(٣) جاء في المغني : ٢٥٢/١٠ : (وجملته أن الزوج إذا أراد سفراً فأحب حمل نسائه معه كلهن أو تركهن كلهن لم يحتج إلى قرعة.. وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له أن يسافر بها إلا بقرعة، وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكي عن مالك : أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة رضي الله عنها روت : «أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه، وأيتهن خرج سهمها خرج بها معه»).

(٤) جاء في المدونة : ١٨٩/٢ : (قلت : أرأيت إن سافر بإحداهن في ضيعته وحاجته، أو حج، ثم قدم على الأخرى فطلبت منه أن يقيم عندها عدد الأيام التي سافر مع صاحبته .. قال مالك : ليس ذلك لها، ولكن يبتدئ القسم بينهما ويلغي الأيام التي كان فيها مسافراً مع امرأته إلا في الغزو).

على القضاء إذا كان بغير قرعة أنه خص بعض نسائه بمدة على وجه يلحق فيه التهمة أشبه حالة الحضر، ونخص داود بأنه إن كان قد حصل لها الإيواء والسكن إلا أنه على وجه فيه مشقة وهو مشقة السفر، فلو قلنا : تقضي حصل للبواقي قسم لا مشقة فيه، ولم يوجد من جهة الزوج تفريط، وهذا لا يجوز.

١٥٥٥ - مسألة: لا يجوز للزوج ضرب زوجته في ابتداء النشوز^(١)، خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٢) دليلنا: أن المقصود ردعها وزجرها وما هذا سبيله، فإنه يقضي فيه بالأسهل فلا سهل كما لو هجم عليه في منزله لص، فإنه إن قدر على إخراجها بغير قتل لا يقتله.

١٥٥٦ - مسألة: إذا وقع النشوز بين الزوجين بعث الحاكم رجلين^(٣) ينظران بينهما، وليس لهما أن يطلقا بغير إذن الزوج، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي^(٤) في أحد قوليه: إن رأيا الإصلاح بعوض أو بغير عوض، أو الخلع

(١) جاء في الكافي: ١٣٧/٣: (نشوز المرأة هو معصيتها زوجها فيما يجب له عليها من حقوق النكاح، فمضى ظهر منها أمارات النشوز وعظها وخوفها من الله تعالى، وما يلحقها من الإثم والضرر بنشوزها من سقوط نفقتها وقسمها، وإباحة ضربها وأذاها، لقوله تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن﴾ .. ولا يجوز ضربها، لأنه يجوز أن يكون ذلك لعذر أو ضيق صدر من غير الزوج ...).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٩٠٣/٢: (إذا تكرر من المرأة النشوز كان للزوج ضربها، وإن وجد منها النشوز مرة واحدة فقيه قولان: أصحهما: أنه يجوز أن يهجرها ويضربها .. والثاني: أنه يهجرها ولا يضربها. حكى في الحاوي ترتيب المذهب في ذلك).

(٣) جاء في المغني: ٢٦٤/١٠: (واختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في الحكمين، ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلا لهما لا يملكان التفريق إلا بإذنهما، وهذا مذهب عطاء، وأحد قولي الشافعي، وأبي حنيفة؛ لأن البضع حقه، والمال حقها وهو رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما).

والثانية: هما حاكمان، ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وبغير عوض).
(٤) جاء في المهذب: ٢٥٠/٤: (واختلف قوله في الحكمين فقال في أحد القولين: هما وكيلا فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما، وقال في القول الآخر: هما حاكمان، فلهما أن يفعلا ما يريان ...).

جاز، وإن رأى الذي من جهة الزوج الطلاق طلق، ولا يحتاج في الطلاق إلى إذن من جهة الزوج، وهذه مسألة مبنية على أنهما وكيلان لا حكمان وعندهما أنهما حكمان. دليلنا: أنه لو كان هذا ممن يلزم حكمه اقتصر فيه على واحد، ولم يحتج إلى اثنين كسائر الحكام.

مسائل الخلع^(١)

١٥٥٧ - مسألة: الخلع فسخ، وعنه أنه طلاق^(٢)، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٣). دليلنا: أنه نوع فرقة لا يختص بزمان، أو لا يثبت فيه رجعة بحال، فكانت فسخاً كالرضاع وشراء الزوجة.

١٥٥٨ - مسألة: يصح الخلع مع استقامة الحال^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود. دليلنا: أنها معاوضة تصح مع فساد الحال، فصحت مع الاستقامة كسائر المعاوضات.

(١) الخلع: تقول: خلعت القميص عن البدن، وهو نزعته عنه وإزالته، لأنه يزيل النكاح بعد لزومه، وكذا المرأة لباس للرجل، وهو لباس لها، فإذا تخالعا فقد نزع كل واحد منهما لباسه. ولذلك سمي الخلع خلعاً، لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج كما يخلع اللباس من البدن. وشرعاً: هو فراق الزوج زوجته بعوض بالفاظ مخصوصة. انظر: معونة أولى النهي شرح المنتهى: ٤١٩/٧.

(٢) جاء في المغني: ٢٧٤/١٠: (اختلفت الرواية عن أحمد في الخلع، ففي إحدى الروايتين: أنه فسخ، وهذا اختيار أبي بكر وأحد قولي الشافعي. والرواية الثانية: أنه طلاق بائنة.. لكن الإمام أحمد قال: ليس لنا في الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ).

(٣) جاء في الحاوي: ٢٦٢/١٢ وما بعدها: (فهل يكون طلاقاً أو فسخاً...؟ فيه قولان: أحدهما: أنه صريح في الطلاق، وبه قال من الصحابة: عثمان، وعلي، وابن مسعود، ومن الفقهاء: الأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة، ومالك، وهو اختيار المزني. والقول الثاني: قاله في القديم: إنه صريح في الفسخ، وبه قال من الصحابة: ابن عباس، وابن عمر، ومن الفقهاء: أحمد، وإسحاق، وأبو ثور.

(٤) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٠٧/٣: (ويصح الخلع مع استقامة حال الزوجين.. أما الكراهة فلحديث «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة» رواه الخمسة إلا النسائي، ولأنه عيب).

وأما الصحة فلمعموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا﴾ انظر: حلية العلماء: ٩٠٥/٢.

١٥٥- مسألة: يكره الخلع بأكثر مما سماه في النكاح^(١) خلافاً لأكثرهم.

دليلنا: أنه بدل مأخوذ في مقابلة فسخ فيقدر كالعوض في الإقالة، وأصح ما احتج به فيها قوله ﷺ: «خذ حديقتك ولا تزدد»^(٢)، وأقل أحوال النهي الكراهة.

١٥٦- مسألة: إذا خالعهما على غير عوض لم يكن خلعاً، وحكمه حكم سائر

الكنيات، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: يكون خلعاً، وهو اختيار الخرقى^(٣)، وبه قال مالك وجه الأولى: إن من صحح هذا لا يخلو إما أن يجعله فسخاً، أو طلاقاً، ولا يجوز أن يكون فسخاً، لأن أسبابه العنة أو الجب، ونحوهما ولم يوجد، ولا يجوز أن يكون طلاقاً، لأن الطلاق إذا صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد لم تكن بائناً كقوله أنت طالق.

١٥٦١- مسألة: المختلعة لا يلحقها الطلاق^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً

(١) جاء في الممتع: ٢٦٤/٥: (ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه، فإن فعل كره وصح.. وقال أبو بكر: لا يجوز وترد الزيادة.

أما كون المخالعة لا يستحب له أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاه، فلأن النبي ﷺ أمر ثابت ابن قيس أن يأخذ من زوجته حديقته ولا يزداد. رواه ابن ماجه.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه: (٢٠٥٦)، ٦٦٣/١، كتاب الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاه، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣١٣/٧، والطبراني في المعجم الكبير: ٣١٠/١١.

(٣) جاء في المغني: ٢٨٧/١٠: (وإن خالعهما على غير عوض، كان خلعاً ولا شيء له... اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة، فروى عنه ابنه عبدالله، قال: قلت لأبي: رجل علق به امرأته تقول اخلعني. قال: قد خلعتك. قال: يتزوج بها ويجدد نكاحاً جديداً وتكون عنده على ثنتين، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك. والرواية الثانية: لا يكون خلعاً إلا بعوض).

(٤) جاء في معونة أولى النهي: ٤٣٠/٧: (ولا يقع بمعتدة من خلع طلاق ولو وجهت به - أي بالطلاق. وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها بالطلاق الصريح المعين دون الكتابة، لما روي عن النبي ﷺ قال: «المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة».) ولنا: (على أنه لا يقع بها طلاق أنه قول ابن عباس، وابن الزبير، ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما...).

لأبي حنيفة^(١) دليلنا: أنها لا تحل له إلا بعقد جديد، أشبه المطلقة قبل الدخول، وإذا انقضت عدة المختلعة وكل من لا يلحقها طلاقه بعوض أو طلاقه المرسل والطلاق بالكناية لم يلحقها طلاق بحال أصله ما ذكرناه.

١٥٦٢ - مسألة: إذا خالع المسلم زوجته على خمر أو خنزير لم تقع به البيونة، وكان كناية في الطلاق ولا يستحق عليها شيئاً^(٢)، وقال أكثرهم: تقع^(٣)، إلا أن أبي حنيفة يجعلها كناية، وعنده الكناية بانفرادها توقع البيونة، وعند مالك: ليس من شرط البيونة بالخلع عوض، وعند الشافعي: يوجب له عليها مهر مثلها. دليلنا: أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، فإذا سمي ما ليس بمال فقد رضي بإخراج البضع من ملكه، فلا يستحق شيئاً، وفي الرجوع إلى مهر المثل تقويم للبضع، وهو مما لا قيمة لخروجه، والدلالة على هذا الوصف أنه لو طلق في مرض موته لم يعتبر من الثلث، ولو ارتدت قبل الدخول لن تضمن لزوجها بضعها وتوجب أن يملك الأب مخالعة ابنته على شيء من مالها.

١٥٦٣ - مسألة: إذا خالعا على ما في بطن جاريتهما، أو ما تثمر نخلتها، صحت التسمية^(٤)، فإن وجد المسمى استحققه، وإن لم يوجد لم يستحق الرجوع عليها

(١) ذهب الأحناف إلى أن الخلع طلاق بائن، ومن ثم فإن المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة، لأن الشرع جعل الثلاث تطليقات مملوكاً للزوج، فإذا خلعا يقع طلاقاً واحداً، والثنتين بقاء مملوكاً للزوج، فإذا تصرف فيما هو مملوك له صح... جاء في المبسوط: ١٧٥/٦: (إذا طلق الرجل امرأته وهي في العدة بعد الخلع على جعل، وقع الطلاق ولم يثبت الجعل).

(٢) جاء في الممتع: ٢٦٥/٥: (وإن خالعا بمحرم كالخمر والخنزير فهو كالخلع بغير عوض، لأن الخلع على ذلك مع العلم بتحريمه يدل على رضا فاعله بغير شيء).

(٣) جاء في روضة الطالبين: ٣٩٠/٧: (خالعا على ما ليس بمال كخمر أو حر بانته.. وهل يرجع عليها بمهر المثل أم يبذل المذكور..؟ قولان: أظهرهما الأول).

(٤) جاء في المغني: ٢٨٣/١٠: (أن يخالعا على حمل أمتها، أو غنمها، أو غيرها، أو على ما في بطنها فيصح الخلع، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح الخلع على ما في بطنها، ولا يصح حملها، ولنا: أن حملها هو ما في بطنها فصح الخلع عليه).

بشيء، وهل يصح الخلع وتقع البينة يرجع إلى أصل وهو هل من شرط الخلع العوض؟ وفيه روايتان.. وقال الشافعي: لا تصح التسمية، ويستحق مهر المثل،^(١) ووافقنا أبو حنيفة في صحة تسمية الحمل، وخالفنا في الثمرة. دليلنا: أن ما جاز أن يتعلق على الشروط جاز أن يستحق به الثمرة والحمل كالوصية، ونخص أبا حنيفة بأن ما استحق به الحمل استحق به الثمرة كالوصية.

١٥٦٤ - مسألة: إذا خالعه على ما في البيت من المتاع فلم يكن فيه شيء، رجع عليها بما سمي لها في النكاح^(٢)، وقال الشافعي: يستحق مهر مثله.^(٣) دليلنا: أن من استحق عليها الرجوع بالمهر رجع بالمسمى كالمرتدة قبل الدخول.

١٥٦٥ - مسألة: إذا اختلعت في مرض موتها، كان له أقل الأمرين من المسمى في الخلع، أو إرثه منها^(٤)، وقال أبو حنيفة: أنه محتسب من

(١) جاء في حلية العلماء: ٩٠٨/٢: (فإن قال: خالعتك بما في بطن هذه الجارية وكان معها حمل فهو له، وإن لم يكن معها حمل فلا شيء له).

(٢) جاء في الإنصاف: ٤٠٣/٨: (فإن خالعه على ما في يدها من الدراهم أو ما في بيتها من المتاع فله ما فيهما.. فإن لم يكن فيهما شيء فله ثلاثة دراهم، وأقل ما يسمى متاعاً، وإذا لم يكن في بيتها متاع، فحزم المصنف هنا أنه يلزمها أقل ما يسمى متاعاً وهو المذهب. وقال القاضي: يرجع عليها بصدقها.. وقال ابن عقيل: له مهر المثل.. وقال أبو الخطاب: له المهر المسمى لها).

(٣) جاء في روضة الطالبين: ٣٨٩/٧: (لو خالعه على ما في كفها ولم يعلمه... قلت: المعروف الذي أطلقه الجمهور كأصحاب الشامل والتتمة والمستظهر والبيان وغيرهم، وقوعه بئناً بمهر المثل وهو مقتضى كلام إمام الحرمين).

(٤) جاء في المغني: ٣١٣/١٠: (وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة.. ثم إذا خالعه المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع.. وإن خالعه بزيادة بطلت الزيادة، وهو قول الثوري وإسحاق.. وقال أبو حنيفة: كالمذهبيين، وعنه يعتبر بخلع مثله.. وقال الشافعي: إن خالعت سبب مثلهما جاز، وإن زاد فالزيادة من الثلث).

ثلثها^(١)، وعن مالك^(٢) كالمذهبين، وقال الشافعي : إن اختلعت بمقدار مهر مثلها فهو من أصل المال ، وما زاد على ذلك فهو من ثلثها.^(٣) دليلنا : على أنه لا يعتبر مهر المثل ما قدمناه، وأن هذا لا قيمة لخروجه فلا تعتبر قيمته، والدلالة على إبطال ما زاد على ميراثه منها أنها متهمة في ذلك وهو أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئاً من مالها بغير عوض لم تكن قادرة عليه وهو وارث فصار كالإقرار لوارث ولا يلزم ما طابق ميراثه، لأنها لا تنهم لأنه لا يصير إليه بغير خلع.

١٥٦٦ - مسألة : إذا خالعتها على رضاع ولده ثم مات الولد قبل أن ترضعه، رجع بأجرة المثل لمدة الرضاع^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، ومالك في أحد روايتيه، والثانية : لا يرجع بشيء، وقال الشافعي : يرجع بمهر المثل.^(٥) دليلنا : أن

(١) جاء في تبين الحقائق: ٢/٢٦٩: (ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث حتى يكون له الأقل من ميراثه منها، ومن يدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث، ومن الثلث إذا ماتت وهي في العدة).

(٢) جاء في بداية المجتهد: ٢/٦٩: (وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها، وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعه بالثلث كله).

(٣) جاء في المذهب: ٤/٢٦٨: (فإن خالعت المرأة زوجها في مرضها وماتت، فإن لم يرد العوض عن ميراث المثل اعتبر من رأس المال، وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث).

(٤) جاء في كشف القناع: ٥/٢٢٠: (وإن خالعتها على رضاع ولده المعين منها أو من غيرها مدة معلومة صح، فإن مات الولد أو ماتت المرضعة أو جف لبنها، رجع المخالعة بأجرة المثل لباقي المدة يوماً فيوماً).

(١) يمكن تلخيص مذهب الشافعية كما جاء في الحاوي الكبير: ١٢/٣٣١: أنه لو خالعتها على أن ترضع ولده مدة معلومة فمات الولد ففي بطلان الخلع بموته قولان:

- (١) أن الخلع لا يبطل ولأنه أن يأتيها بغيره لترضعه.
- (٢) وهو الأظهر أن الخلع يبطل بموت الولد، لأنها لا تدرك على غير ولدها، ولأن ما يرتوي كل طفل من اللبن مختلف. وعلى ذلك إذا قلنا ببطلان الخلع وليس له إبدال الولد إذا مات بغيره. فعند الشافعية قولان: أحدهما: يرجع بمهر المثل. والثاني : يرجع بأجرة رضاع الولد المدة المتفق عليها.

التسمية صحيحة ، لأن الرضاع يصح أخذ الأجرة عليه، فجاز أن يكون بدلاً في الخلع كخدمة العبد وإذا كانت صحيحة فقد تعذر استيفائها لأجل هلاك الصبي، فهو كما لو خالعهها على عبد فهلك في يدها بفعلها.

١٥٦٧ - مسألة : إذا خالعهها على نفقة حملها صح الخلع ، وبرئ من النفقة^(١)، وهو اختيار الخرقى، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي : لا تصح التسمية، وترجع بمهر مثلها.^(٢) دليلنا: أن القصد قطع العلق المتعلقة بالنكاح وهذا أبلغ في قطعها، ولأنه حق مال يتعلق بالنكاح فهو كالمهر.

١٥٦٨ - مسألة : يملك الأب أن يخالعه ابنة الصغير^(٣)، وقال أكثرهم^(٤): لا يملك الأب ذلك، وقال مالك : يملكه بعوض.^(٥) دليلنا: أنها عين يملك الأب تملكها لابنه فملك إزالة ملكه عنها كالعبد ونحوه.

فصل : ولا يملك أن يخالعه ابنته الصغيرة بشيء من مالها، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك. دليلنا: أنه بدل المال في مقابله ما لا قيمة له أشبه الخمر والخنزير.

(١) جاء في الممتع: ٢٦٦/٥: (وإن خالعه الحامل على نفقة عدتها صح وسقط .. أما كون الخلع المذكور يصح، فلأن نفقة الحامل مقدرة واجبة بالشرع فصح الخلع عليها كالخلع على الرضاع .. وأما كون النفقة تسقط، فلأنها صارت مستحقة له.

(٢) جاء في روضة الطالبين: ٤٠١/٧: (فإن أبطلناه ، فالأظهر أنه يرجع بمهر المثل).

(٣) جاء في الكافي: ١٤٣/٣: (ولا يصح الخلع من غير زوج، لأنه لا يملك الطلاق إلا أب الصغير، فإن فيه روايتين، إحداهما: لا يملك طلاق زوجته ولا خلعهما لقول النبي ﷺ: «الطلاق لمن أخذ بالساق». والثانية: يملكه، لأنه يملك تزويجه فملك الطلاق والخلع كالزوج).

(٤) جاء في المهذب: ٢٥٥/٤: (ولا يجوز للأب أن يطلق امرأة الابن الصغير بعوض وغير عوض).

(٥) جاء في المدونة: ٢٥١/٢: (قلت: رأيت ما حجة مالك حين قال: يجوز خلع الأب والوصي على الصبي ويكون ذلك تطليقة. قال: جوز مالك من وجه النظر للصبي، ألا ترى أن إنكاحها إياه جائز فكذلك خلعهما ...؟

١٥٦٩ - مسألة: إذا اختلعت الأمة من زوجها بعوض معين بغير إذن السيد، فالخلع صحيح^(١) ويستحق الزوج مثل العين أو قيمتها إذا كانت من لا مثل لها، وتتبع بذلك بعد العتق، ذكره الخرقي، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: الخلع صحيح ولا يستحق شيئاً، وقال الشافعي: الخلع صحيح، وهل يرجع بمهر المثل، أم المسمى؟ على قولين، فأما الدلالة على أنه لا يرجع بمهر المثل ماتقدم فيه إذا زوجها على عبد فخرج حراً، والدلالة على مالك أن الزوج لم يرض بإخراج البضع عن ملكه بغير عوض، فيجب أن لا يبطل غرضه كما لو أذن لها السيد في ذلك.

١٥٧٠ - مسألة: إذا خالعتها على أن له الرجعة وقعت الفرقة بالمال وبطلت الرجعة، ذكره ابن حامد^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وعن مالك روايتين إحداهما كمذهبنا، والثانية له الرجعة والمال عوض عن الطلاق، وقال الشافعي^(٣): الخلع باطل، والطلاق واقع، وثبتت الرجعة ويرد العوض عليها، فالدلالة على إبطال الشرط وصحة الخلع والعوض وإسقاط الرجعة إنه معنى لا يلحقه الفسخ فلا ينتفي موجهه بالشرط الفاسد كالعتق والعفو عن دم العمد.

١٥٧١ - مسألة: إذا قالت له طلقني ثلاثاً بآلف، أو على ألف وطلقها واحدة، لم

(١) قال ابن قدامة: ٣٠٥/١٠: (إن الخلع مع الأمة صحيح سواء كان بإذن سيدها أو بغير إذنه، لأن الخلع يصح مع الأجنبية فمع الزوجة أولى، ويكون الطلاق على عوض ثابتاً.. فإن كان بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فإنه يتبعها إذا عتقت، لأنه رضي بذمتها ولو كان على عين، فالذي ذكره الخرقي: أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلياً).

(٢) جاء في المغني: ٢٧٩/١٠: (إذا شرط في الخلع أن له الرجعة.. فقال ابن حامد: يبطل الشرط ويصح الخلع، وهو قول أبي حنيفة، وإحدى الروايتين عن مالك، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح، ولأنه لفظ يقتضي البينة فإن شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث).

(٣) جاء في المذهب: ٢٦٥/٤: (وإن طلقها بدينار على أن لها الرجعة، سقط الدينار، وثبتت له الرجعة. وقال المزني: يسقط الدينار والرجعة، ويجب مهر المثل).

يستحق شيئاً^(١)، ووافقنا أبو حنيفة^(٢) إذا قال على ألف، فإن قال: بألف استحق ثلثها، وقال مالك والشافعي^(٣): يستحق الثلث في الموضعين. دليلنا: أن (الباء) و(على) فيهما معنى الشرط، ولها عرض صحيح في إيقاع الثلث حتى تبين منه أكثر البونتين، والطلاق يتعلق بشرط فصار إيقاع الثلاث شرطاً في الاستحقاق وقد عدم.

فصل: فإن قالت: طلقني واحدة على ألف، أو بألف فطلقها ثلاثاً، لزمها الألف^(٤)، وقال أبو حنيفة: لا يلزمها شيء. دليلنا: أنه قد أوقع عليها الواحدة التي سألت وزاد عليها، وهو يملك ذلك، فهو كما لو طلقها وضرأثرها.

١٥٧٢ - مسألة: إذا اختلفا في عوض الخلع، فالقول قول الزوجة، ذكره أبو بكر في الخلاف، وحكاه نصاً، وبه قال أكثرهم^(٥)، وقال

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١١٦/٣: (ومن قالت له زوجته طلقني ثلاثاً بألف أو على ألف، فطلق أقل من ثلاث كواحدة أو اثنتين لم يستحق شيئاً من الألف، لأنه لم يجبهها إلى ما سألتها كما لو قال في المسابقة: من سبق إلى خمس إصابات فله كذا فسبق إلى بعضها. وإن لم يكن بقي من الثلاث إلا ما وقعه ولم تعلم هي بذلك استحق الألف، لأنها حصلت ما يحصل بالثلاث من البيوتة والتحريم).
(٢) جاء في المبسوط: ١٧٣/٦: (إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف درهم فطلقها واحدة فله ثلث الألف).

(٣) جاء في المذهب: ٢٦٩/٤: (وإن قالت طلقني ثلاثاً ولك علي ألف، فطلقها طليقة، استحق ثلث الألف لأنها جعلت الألف في مقابلة الثلاث، فكان في مقابلة كل طليقة ثلث الألف). راجع: مغني المحتاج: ٢٧٠/٣، وروضة الطالبين: ٤١٧/٧.

(٤) جاء في التوضيح: ١٠٢٠/٣: (وطلقني واحدة بألف أو على ألف أو لك ألف ونحوه، فطلقها ثلاثاً استحقه)، وجاء في الممتع: ٢٧٢/٥: (أما كون الزوج يستحق الألف إذا قالت الزوجة طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً، فلائنه فعل ما سألته وزيادة، لأن الثلاث واحدة واثنتان).
(٥) جاء في الممتع: ٢٨١/٥: (وإن قال خالعتك بألف فأنكرته أو قالت إنما خالعت غيره.. والقول قولها مع يمينها في العوض).

أما كون الزوجة تبين، فلائن الزوج أقر بما يوجب ذلك، لأنه ادعى الخلع وذلك يوجب البيوتة. وأما كون القول قولها مع يمينها في نفي العوض، فلائنها منكراً لبذله، والقول قول المنكر مع يمينه).

الشافعي^(١): يتحالفان ويلزمها مهر المثل ويتخرج في المذهب مثله بناءً على المتكاتبين. دليلنا: أن هذا يؤدي إلى أن يلزمها أكثر مما يدعي الزوج، لأنه قد يدعي شيئاً ويكون ذلك دون مهر مثلها، وهذا لا يجوز كسائر الدعاوى.

١٥٧٣ - مسألة: إذا خالعا على ثوب أو عبد أو باراها، فإنه يصح وتقع الفرقة، ولا يسقط ما لكل واحد منهما على صاحبه من مهر وغيره^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يسقط ما لأحدهما على صاحبه من المهر. دليلنا: أن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط إذا كان بلفظ الخلع كسائر الديون ونفقة العدة.

١٥٧٤ - مسألة: إذا قال لها: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو إذا أعطيتني فإنه على التراخي^(٣)، وقال الشافعي: على الفور^(٤). دليلنا: إنه جعل العوض صفة في الطلاق فجاز أن يكون على التراخي، كما لو قال متى ما أعطيتني، أو متى أعطيتني، أو حين أعطيتني.

١٥٧٥ - مسألة: إذا علق طلاقها بصفة ثم أبانها ثم عاد تزوجها عادت

(١) جاء في روضة الطالبين: ٤٣١/٧: (اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل ولا بينة، تحالفا وحصلت البيونة...).

(٢) جاء في المغني: ٢٧٣/١٠: (إذا خالع زوجته أو باراها بعوض، فإنهما يتراجعان بما بينهما من الحقوق، وهذا قول عطاء، والنخعي، والزهري، والشافعي. وقال أبو حنيفة: ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه من المهر. ولنا: أن المهر حق لا يسقط بالخلع).

(٣) جاء في الممتع: ٢٧٢/٥: (أما كون ذلك كله على التراخي، فلأن ذلك يقتضي التراخي في غير الخلع فكذلك في الخلع، وتحريره أن يقال: علق الطلاق بشرط الإعطاء، فكان على التراخي كسائر التعليق، كما لو خلا عن العوض).

(٤) جاء في المهذب: ٢٦٠/٤: (وإن قال إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق لم تصح العطية إلا على الفور. بحيث يصلح أن تكون جواباً لكلامه، لأن العطية ههنا هي القبول، وبكفي أن تحضر المال، وتأخذ في قبضه أخذ أو لم يأخذ، لأن إسم العطية يقع علمه وإن لم يأخذ).

اليمين^(١)، وقال أبو حنيفة ومالك^(٢): إن كان الطلاق دون الثلاث عادت اليمين، وإن كانت ثلاثاً لم تعد، وعن الشافعي كالمذهبين، وعنه لا تعود أصلاً. دليلنا: أنه حكم يتعلق بالطلاق فجاز أن يبني فيه النكاح الثاني على الأول كعدد الطلاق.

فصل: والدلالة على أنها تعود وإن أبانها بثلاث أن عقد اليمين والشرط وجدا في ملك فيجب أن تعود كما لو أبانها بدون الثلاث.

فصل: فإن كانت المسألة بحالها إلا أن الصفة وجدت في حال البينونة، فإن اليمين تعود بعود النكاح، وبه قال مالك.. إلا أنه يقول: يعود إذا كانت البينونة دون الثلاث، وقال أكثرهم: لا يعود، وهو اختيار أبي الحسن التميمي. دليلنا: أن وجود الصفة يتعلق به شيئان: حنث، وحل، ثم الحنث لا يكون في غير ملك كذلك الحل.

فصل: إذا قالت لزوجها اخلعني ولك ألف ففعل، استحق الألف^(٣)، وقال أبو حنيفة: لا يلزمها شيء^(٤). دليلنا: أن هذه اللفظة تستعمل للبدل الذي يدل

(١) جاء في المغني: ٣٢٠/١٠: (إذا علق طلاق امرأته بصفة، ثم أبانها بخلع أو طلاق، ثم عاد فتزوجها، ووجدت الصفة طلقت.. ومثاله إذا قال: إن كلمت أبك فأنت طالق، ثم أبانها بخلع ثم تزوجها، فكلمت أباه، فإنها تطلق)، نص عليه أحمد.

(٢) جاء في حاشية رد المحتار: ٣٥٤/٣: (وزوال الملك لا يبطل اليمين، أي زواله بما دون الثلاث، كما في الفتح، فأطلقه اكتفاءً بما مر من التعليق يبطل بزوال، أي بتجيز الثلاث...).

(٣) جاء في الممتع: ٢٧٢/٥: (قال: وإن قالت له اخلعني بألف أو على ألف، أو طلقني بألف أو على ألف ففعل، بانت واستحق الألف، لأنه فعل ما جعل الألف في مقابلته).

(٤) جاء في المبسوط: ١٨٠/٦: (وإذا قالت اخلعني ولك ألف درهم، أو قالت طلقني ولك ألف درهم ففعل، وقع الطلاق، ولم يجب المال عليها عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب المال لوجهين:

أحدهما: أن الواو وإن كانت للعطف حقيقة فقد يستعمل بمعنى الباء مجازاً كما في القسم)

عليه أنه لو قال لرجل إحمل لي هذه الجرة إلى منزلي ولك ألف، فإنه يستحق الألف، وإذا كان كذلك أشبه إذا قالت له اخلعني بألف.

فصل: فإن قالت سألتك أن تطلقني ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة فلا شيء لك وقال: بل سألتيني واحدة، فالقول قولها في العوض، وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمها ثلث الألف. دليلنا: أن الطلاق قد وقع بلفظ الزوج ولا يستحق البذل، لأنها لم تقرر على نفسها بلزوم شيء، أشبه إذا اتفقا أنها سألته الثلاث.

١٥٧٦ - مسألة: إذا شرطاً الخيار في الطلاق على مال لأحد الزوجين ثبت الطلاق وسقط الخيار^(١)، ووافقنا أبو حنيفة إذا كان الخيار للزوج، وخالف إذا كان للمرأة فقال: لا تقع الفرقة حتى يسقط خيارها، وهذه مبنية على أصل وأن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه، والزوجة مشترية للطلاق، وإذا ثبت دخوله فالطلاق لا يلحقه الفسخ فثبت وبطل الخيار.

١٥٧٧ - مسألة: إذا خالعه على جرة خل^(٢) فخرجت خمرأً، فإنه يرجع عليها بقيمة^(٣) الخل، وقال أبو حنيفة: عليها المسمى في نكاحها^(٤)، وقال صاحباه:

(١) جاء في المغني: ٢٧٩/١٠: (فإن شرط الخيار لها أوله، يوماً أو أكثر، وقبلت المرأة صح الخلع، وبطل الخيار .. وبه قال أبو حنيفة، فيما إذا كان الخيار للرجل، وقال: إذا جعل الخيار للمرأة ثبت لها الخيار، ولم يقع الطلاق).

ولنا: أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع، كما لو طلق، ومن وقع فلا سبيل إلى رفعه).

(٢) جاء في الكافي: ١٥٢/٣: (إذا خالعه على عبد فبان حرأً، أو خلاً فبان خمرأً، فله قيمة العبد ومثل الخل).

(٣) جاء في المغني: ٢٩٥/١٠: (وإن خالعه على هذا الدن الخل، فبان خمرأً، رجع عليها بمثله لو كان خلاً فتلغ قبل قبضه، وقد قيل يرجع بقيمة مثلاً خلاً، لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال، والصحيح الأول).

(٤) جاء في المبسوط للسرخسي: ١٩١/٦: (وإن غرته فقالت: إختلع منك بهذا الخل، فإذا هو خمر، فعليها أن ترد المهر المأخوذ من قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -، وفي قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله تعالى - عليهما مثل ذلك الكيل من خل وسط، وهذا الصداق سواء).

عليها مثله خلاً. دليلنا: أن العوض في الخلع إذا تعذر رجوع إلى قيمته، كما لو خالعه على أمة فخرجت غصب أو أم ولد.

١٥٧- مسألة: إذا خالعه على عبد فخرج حلال الدم بردة أو قتل، ثم قتل في يده، رجوع عليها بالأرش لا بقيمته، وبه قال صاحب أبي حنيفة^(١)، وقال أبو حنيفة: له قيمته. دليلنا: أن هذا المعنى لا يمنع بقاء الملك وصحة العقد وانتقال الملك، فهو كالحمى والحمل ونحوهما.

(١) انظر: المغني: ٢٩٤/١٠، والمبسوط: ١٩٠/٦ وما بعدها.

كتاب الطلاق^(١)

١٥٧٩ - مسألة : لا تنعقد صفة الطلاق قبل الملك، وفي العتاق روايتان، وقال أبو حنيفة : ينعقد فيهما^(٢)، وقال الشافعي: لا ينعقد فيهما^(٣)، وقال مالك: ينعقد في الخصوص دون العموم. دليلنا: ما روى الدارقطني في إسناده عن زيد بن علي عن أبا يزيد : «أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : أن أُمي عرضت علي قرابة لها أتزوجها فقلت : هي طالق ثلاثاً إن تزوجتها، فقال : وهل لك عليها قبل ذلك من ملك ؟ قال: لا. قال: لا بأس تزوجها»^(٤)، ولأن كل من لا يقع طلاقه المباشر لا ينعقد له صفة كالمجنون، أو نقول : من لا ينعقد صفته المطلقة لا تنعقد صفة الزاوجة كالمجنون ، ونخص مالك بالقياس على عموم النساء.

فصل : والدلالة على صحته في العتاق أن هذا يتجزأ في غير مالك وهو إذا دبر عبده ، أو وصى بعتقه، فانهقد صفته في غير ملك كالوصية والنذر، وعكسه الطلاق.

(١) الطلاق، لغة: عبارة عن حل القيد والإطلاق، ولكن جعل في المرأة طلاقاً، وفي غيرها إطلاقاً. وقيل: هو التخلية والإرسال. ويقال للإنسان إذا عتيق طليق، أي صار حراً.. ويقال: أطلقت الأسير إذا حللت إسهاره وخلت عنه. انظر: لسان العرب: ٢٦٦/١٠، والزاهر: ص ٣٢٥ واللباب: ٣٧/٣، والمصباح المنير مادة (طلق).

وشرعاً: هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص. انظر: الدر المختار: ٢٢٦/٣، ونهاية المحتاج: ٤٢٣/٦، وشرح منتهى الإرادات: ١١٩/٣.

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ١٨٥١/٤ : (أما التنجيز في غير الملك والعدة فباطل، بأن قال لامرأة أجنبية: أنت طالق، أو طلقتك، لأنه أبطل الحل ورفع القيد، ولا حل ولا قيد في الأجنبية فلا يتصور إبطاله ورفع، وقد قال النبي ﷺ : «لا طلاق قبل النكاح».

وأما التعليق بالملك نحو أن يقول لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق .. فهو صحيح عند أصحابنا حتى لو تزوجها وقع الطلاق .. وعند الشافعي : لا يصح).

(٣) جاء في مغني المحتاج: ٢٩٠/٣ : (الركن الخامس: فخرجت الأجنبية كما لو قال لأجنبية أنت طالق، وتعليقه أي الطلاق بنكاح كإن تزوجتها فهي طالق) [فهو لغو - أي فلا تطلق على زوجها .. أما المنجز في الإجماع، وأما المعلق فلا تنفأ الولاية من القائل على المحل).

(٤) أخرجه الدارقطني في مسنده: ١٦/٤، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٢١/٧.

١٥٨ - مسألة: الطلاق في الحيض والطمهر المجامع^(١) فيه محرم ويقع^(٢)، وبه قال الفقهاء^(٣) خلافاً للشريعة في قولهم: لا يقع. دليلنا: أنه طلاق من مكلف صادق ملك باختياره أشبه حالة الطهر.

فصل: إذا ثبت هذا لم يجب الارتجاع منه^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك^(٥). دليلنا: أنه طلاق واقع أشبه المباح.

١٥٨ - مسألة: الطلاق الثلاث بكلمة أو كلمات في طهر واحد بدعة^(٦)، وبه قال

(١) هذا الطلاق يسمى طلاق البدعة وهو طلاق المدخول بها في حيضها، أو في طهر أصابها .. وسمي طلاق بدعة لمخالفته أمر الله تعالى في قوله: ﴿يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾، وحكمه حرام، لأن فيه تطويل العدة عليها).

(٢) جاء في الكافي: ١٦١/٣: (ويقع الطلاق في زمن البدعة، لأن النبي ﷺ أمر بالرجعة، ولا يكون إلا بعد طلاق، ويستحب ارتجاعها، لأمر النبي ﷺ بها.. ولأنه يزيل الضرر الحاصل بالطلاق، ولا يجب لأنه بمنزلة ابتداء النكاح أو استدامته، وكلاهما غير واجب).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ١٧٨٣/٤: (وأما طلاق البدعة فهو أنه واقع عند عامة العلماء، وقال بعض الناس: أنه لا يقع، وهو مذهب الشافعي أيضاً).

(٤) جاء في المغني: ٣٢٨/١٠: (ويستحب أن يراجعها، لأمر النبي ﷺ بمراجعتها، وأقل أحوال الأمر الاستحباب، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق، ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وابن أبي ليلى، وأصحاب الرأي .. وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى: أن الرجعة تجب واختارها، وهو قول مالك، وداود لظاهر الأمر في الوجوب).

(٥) جاء في المدونة الكبرى: ٦/٢: (قلت: رأييت للرجل يطلق امرأته وهي حائض أو نفساء أيجزه مالك قبل أن يراجعها ..؟ قال: قال مالك: من طلق امرأته وهي نفساء أو حائض أجبر على رجعتها إلا أن تكون غير مدخول بها، فلا بأس بطلاقها).

(٦) جاء في الكافي: ١٦١/٣: (وهل يحرم جمع الثلاث؟ فيه روايتان: إحداهما: يحرم، لمخالفته أمر الله في الطلاق واحدة، وروى محمد بن لبيد قال: «أخبرنا رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فغضب وقال: أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم..؟ حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله..؟» رواه النسائي، ولأنه حرم بالقول امرأته لغير حاجة، فحرم كالظهار..).

والثانية: لا يحرم، لأن في حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات، ولم ينقل إنكاره عن النبي ﷺ، ولأنه طلاق يجوز تفرقه فجاز تجمعه كطلاق النسوة).

أكثرهم، وفيه رواية أخرى : أنه للسنة، وبه قال الشافعي وجه الأولى: وهي اختيار أبي بكر، والثانية : اختيار الخرقى وجه الأولى : قول ابن عمر^(١): «يارسول الله أرأيت لو طلقها ثلاثاً، قال : كانت [تبين]^(٢) منك، وتكون معصية»، ولأن هذا تحريم للبضع ثبت بقول الزوج من غير حاجة يتعلق به التحريم كالظهار.

فصل : ولا يختلف المذهب أنه واقع، وبه قال الفقهاء، واختلف الشيعة فقالت الإمامية : لا يقع منه شيء، وقالت الزيدية : تقع واحدة، ويحكي عن داود في هذه المسألة وفي الطلاق في الحيض أنه لا يقع وأصحابه على خلافه. دليلنا: ما تقدم من حديث ابن عمر، ولأنه إزالة ملك يصح متفرقاً فصح مجتمعاً كسائر الأملاك والتعليل للطلاق.

فصل : إذا ثبت أن الثلاث بدعة، فالسنة طلقة واحدة، ويدعها حتى تنقضي عدتها^(٣)، فإن طلقها في كل قرء طلقة كان ماعدا الأولى للبدعة، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: الجميع للسنة. دليلنا: ما روي عن ابن مسعود أنه قال: (من أراد الطلاق الذي هو الطلاق فليتركها حتى تحيض ثم تطهر، ويطلقها طلقة واحدة ثم يتركها حتى تنقضي عدتها)^(٤)، ولأنه إرداف طلاق من غير ارتجاع أشبه إذا كرره في طهر واحد.

(١) أخرجه الدارقطني: ٣١/٤، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٤/٧، والإمام أحمد في مسنده: ٦/٢.

(٢) في نسخة (ب) بانت.

(٣) هذه المسألة وهو التطلقات الثلاث جملة في حالة واحدة حدث فيها خلاف بين العلماء:

القول الأول: أنه يعتبر طلاق بدعة .. **والقول الثاني:** أن الطلاق بلفظ الثلاث مباح.

انظر: الأم: ١٨٠/٥، وتحفة الفقهاء: ٢٥٢/٢، والمبسوط: ٤/٦.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٣٢/٧.

الطلاق

١٥٨ - مسألة: إذا قال لزوجته في الحيض أنت طالق للسنة، فإنه يقع الطلاق عليها بأول جزء من أجزاء الطهر^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يقع الطلاق حتى تغتسل^(٢). دليلنا: أن كل طهر يقع فيه طلاق السنة بعد الاغتسال يقع قبله كالطهر لأكثر الحيض، ولأن العلة التي لأجلها كان الطلاق في الحيض بدعة هو التطويل، وهذا قد زال بانقطاع الدم.

١٥٨ - مسألة: إذا قال لها أنت طالق طلقة حسنة جميلة عدلة وهي حائض، لم تطلق حتى تطهر، وكذلك إذا قال: أنت طالق طلقة سنوية، ذكره أبو بكر في الخلاف^(٣)، وبه قال أصحاب الشافعي، وقال أصحاب أبي حنيفة: يقع الطلاق في الحال، إلا أن أبي يوسف وافقنا في قوله طلقة سنوية خاصة. دليلنا: أنه إذا وصفها بهذه الصفة فقد وصفها بطلاق السنة، لأن هذه صفته، فهو كما لو قال أحسن الطلاق وأكمله وأعدله.

١٥٨ - مسألة: إذا قال أنت طالق كالف، فهي ثلاث^(٤)، وبه قال محمد بن الحسين، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقع ما نواه، فإن لم يكن نيته فواحدة بائن. دليلنا: أنه شبه طلاقها بما يقتضي العدد أشبه قوله طالق ألف.

(١) جاء في المغني: ٣٣٦/١٠: (إن قال لها أنت طالق للسنة وكانت حائضاً لم تطلق، لأن طلاقها بدعة، لكن إذا طهرت طلقت، لأن الصفة وجدت حينئذ، إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة، ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل، كذلك قال أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي، وبه قال الشافعي... وقال أبو حنيفة: إذا طهرت لأكثر الحيض).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ١٧٤/٢: (إن قال لامرأته: «أنت طالق للسنة» فإن كانت من ذوات الأقرء، وهي طاهرة من جماع، يقع الطلاق للحال، وإن كانت حائضاً أو في طهر جامعها فيه، لم يقع الساعة، فإذا حاضت، وطهرت وقعت بها تطليقة).

(٣) جاء في المسنع: ٢٨٨/٥. (إن قال لها: أنت طالق، أحسن الطلاق وأجمله فهو كقوله: أنت طالق للسنة).

(٤) جاء في الكافي: ١٨٠/٣: (إن قال: أنت طالق كل الطلاق أو جميعه أو أكثره أو منتهاه طلقت ثارداً، لأن ذلك هو الطلاق الثالث، وإن قال: أنت طالق كعدد الماء أو الريح أو التراب أو كالف طلقت ثلاثاً، لأنه يقتضي العدد).

١٥٨٥ - مسألة : إذا قال لها : أنت طالق مثل عدد الماء والتراب ونحوهما فهو ثلاث، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة : واحدة بائن^(٢). دليلنا : أن هذا مما يتعدد فهو كالرمل والحصى.

١٥٨٦ - مسألة : إذا قال لها أنت طالق مثل الجبل، أو مثل عظم الجبل، أو أقصى الطلاق أو أعرضه أو أطوله، فهو طلاق رجعية^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة : طلاق بائنة^(٥)، وقال أصحابه : إن قال مثل [عظم] الجبل، فهو بائن. دليلنا : أنها مطلقة يلحقها الطلاق فلا تكون بائناً كقوله للمدخل بها : أنت طالق.

١٥٨٧ - مسألة : إذا قال لها أنت طالق ملء مكة، أو المدينة، أو الحجاز، أو الكون، فهي طلاق رجعية، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : طلاق بائن، وقال

(١) جاء في بدائع الصنائع : ١٨١٧/٤ : (إذا قال أنت طالق واحدة كآلف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعاً، لأنه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد، فتعين في القوة والشدة).

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات : ١٣٨/٣ : (وإن قال لها : أنت طالق أشد الطلاق، أو أغلظه، أو أطوله، أو أعرضه، أو أنت طالق ملء البيت أو ملء الدنيا، أو مثل الجبال، أو عظمتها، فطلقة واحدة إن لم ينو أكثر، لأن هذا الوصف لا يقتضي عدداً، وتكون رجعية في مدخول بها إن لم تكن مكسلة لعدد الطلاق .. فإن نوى أكثر وقع ما نواه).

(٣) جاء في المذهب : ٣١٠/٤ : (وإن قال أنت طالق ملء الدنيا، أو أنت طالق أطول الطلاق، أو أعرضه وفعت طلاقاً، لأن شيئاً من ذلك لا يقتضي العدد). انظر : روضة الطالبين : ٧٧/٨.

(٤) جاء في تبين الحقائق : ٢١٢/٢ : (ولو قال : أنت طالق أقيح الطلاق، أو أفحشه، أو أحسنه، أو أسوأه أو أغلظه، أو أطوله، أو أعرضه ... ولم ينو شيئاً، أو نوى واحدة أو اثنتين في غير الأمة كانت واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً فثلاث، لأن الطلاق إنما بوصف هذه الأشياء باعتبار أثره وهو البينة).

(٥) مراجع هذه المسألة كالتالي قبلها.

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (ب).

صاحباه : إن قال ملأ الكون فكمذهبننا، وكملأ الكون كمذهب أبي حنيفة.
دليلنا: ما تقدم وأنها مطلقة يلحقها الطلاق أشبه ما ذكرنا.

١٥٨٨ - مسألة : إذا قال : إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم طلقها وقع الثلاث^(١)، وبه قال أصحاب أبي حنيفة، واختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من قال كمذهبننا، ومنهم من قال لا يقع إلا واحدة، ومنهم من قال لا يقع شيء أصلاً وعليه يناظرون.^(٢) دليلنا: أن من صح خلع صح طلاقه كغير العامد لهذه اليمين، أو لأنه مستبيح لها بعقد النكاح أشبه ما ذكرنا.

١٥٨٩ - مسألة : لفظة السراح والفراق صريح^(٣) في الطلاق^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة وإنها كناية. دليلنا: أنه إزالة ملك بني على التغليب والسرية، فيجب أن يزيد صريحه على لفظه كالعتاق، ولأنه لفظ ورد به القرآن والمقصود

(١) جاء في المغني: ٤٢٢/١٠: (وإن قال لزوجته إذا طلقت أو وقع عليك طلاقي، فأنت طالق قبله ثلاثاً فلا نص فيها ..

وقال القاضي: تطلق ثلاثاً، واحدة بالمباشرة، واثنين من المعلق، وهو قياس قول الشافعي وقول بعض أصحابه ..

وقال ابن عثيمين: تطلق واحدة بالمباشرة ويلغى المعلق، لأنه طلاق في زمن مناسي فلا يتصور وقوع الطلاق فيه، وهو قياس نص أحمد وأبي بكر).

(٢) جاء في المهدب: ٣٦١/٤: (إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم قال لها: أنت طالق. فقد اختلف أصحابنا فيه .. فمنهم من قال يقع عليه طلاقه بقوله: أنت طالق، ولا يقع من الثلاث قبلها شيء .. ومنهم من قال يقع بقوله: [أنت طالق] طلاق، وطلقتان من الثلاث .. ومنهم من قال: لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق).

(٣) جاء في الممتع: ٢٨٩/٥: (قال الخرقى: صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ [الطلاق، والفراق، والسراح] وما تصرف منهن فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه). انظر: الإنصاف: ٤٦٢/٨.

(٤) جاء في الكافي: ١٦٨/٣: (وفي لفظ الفراق والسراح وجهان:

أحدهما: هو صريح، اختاره الخرقى، لأنه ورد في القرآن فهو كلفظ الطلاق.

والثاني: لبس بصريح: اختاره ابن حامد، لأنه موضوع لغيره، يكثر استعماله في غير الطلاق أشبه سائر الكنايات). انظر: كشف القناع: ٢٤٦/٥.

منه الفرقة بين الزوجين أشبه الطلاق ولا يلزم لفظة الافتداء لأنها وردت والمقصود بها نسخ كقوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾^(١) فقصد بها جواز أخذ العوض.

١٥٩٠ - مسألة: الكنايات الظاهرة لا يقع بها الطلاق إذا لم ينضم إليها دلالة حال أو نية، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال مالك: يقع الطلاق، ومن أصحابه من يسمي ذلك صريحاً^(٣). دليلنا: أنه لفظ لم يرد به القرآن للفرقة بين الزوجين، فلم يكن صريحاً كالكنايات الخفية.

١٥٩١ - مسألة: إذا انضم إلى الكنايات دلالة حال لم يحتج إلى نية^(٤)، وقال الشافعي^(٥): يحتاج إلى نية وإلا لم يقع، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن دلالة الحال تؤثر في الكلام والأفعال، أما الكلام فإن اللفظة الواحدة تستعمل في المدح والذم، وليس ذلك إلا لدلالة الحال، ولهذا لو قال لمن هو مستحق للمدح

(١) سورة النساء: الآية: ٢٠.

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٣٠/٣: (وكناية الطلاق نوعان ظاهرة وهي الألفاظ الموصوعة للبينونة، لأن معنى الطلاق فيها أظهر.. ولا يقع طلاق بكناية ولو ظاهرة.).

(٣) جاء في بداية المجتهد: ١١٥/٣: (أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية ولفظ صريح، واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية، فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعاً لظاهر النص، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح، ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط).

(٤) جاء في الكافي: ١٧١/٣: (وإذا أتى بالكناية حال الخصومة والغضب فعنه روايتان:

إحدهما: يقع الطلاق، لأن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال.

والثانية: لا يقع، لأنه ليس بصريح في الطلاق، ولا نوى به الطلاق فلم يقع الطلاق كحال الرضا

(٥) جاء في المذهب: ٢٩٥/٤: (جاء في المذهب: ٢٩٥/٤: (فإن خاطبها بشيء من ذلك - أي الكنايات - ونوى الطلاق وقع، وإن لم ينو لم يقع، لأنه يحتمل الطلاق وغيره.. فإن نوى به الطلاق صار طلاقاً، وإن لم ينو به الطلاق لم يصير طلاقاً).

أنت فاضل، فإنه يكون مدحاً، ولو قال لمن لا يستحق المدح أنت فاضل، كان ذلك ذمّاً، وأما تأثيرها في الأفعال فإنه إذا قصد رجلاً بسيف والحال تدل على اللعب والمزاح لم يجز ذلك قتله، وإذا كان مجداً في ذلك جاز قتله، وإذا كان كذلك يجب أن يؤثر هاهنا.

فصل: ولا فرق بين أن يكون دلالة الحال سؤالاً أو غضباً، وقال أبو حنيفة كمدھبنا في السؤال وفي الغضب يحتاج إلى نية إلا في ثلاث ألفاظ: اختاري، واعتدي، وأمر بك بيدك. دليلنا: أن هذه كناية فوقع بها الطلاق في حال الغضب بغير نية كالألفاظ الثلاث.

١٥٩٢ - مسألة: الكنايات الظاهرة إذا نوى بها الطلاق كانت ثلاثاً^(١)، فأما الخفية فيرجع في العدد إلى ما نواه، وقال أبو حنيفة: جميع الكنايات يقع بها واحدة بائن إلا قوله: اعتدي واستبرئ رحمك وأنت واحدة فإنها رجعية^(٢)، وقال مالك: الكنايات الظاهرة يقع بها ثلاثاً في حق المدخول بها، وواحدة في حق غير المدخول بها، وقال الشافعي^(٣): جميع ذلك يقع به واحدة رجعية إلا أن

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٣١/٣: (ويقع بكناية ظاهرة ثلاث طلاقات، وإن نوى واحدة، لأنه قول علماء الصحابة منهم ابن عباس، وأبو هريرة، وعائشة، وكان أحمد يكره الفتيا في الكناية الظاهرة مع ميله إلى أنها ثلاث). انظر: المغني: ٣٦٤/١٠.

(٢) الكنايات بوائن عند الأحناف ماعدا ثلاثة ألفاظ وهي قوله: [اعتدي واستبرئ رحمك وأنت واحدة] فإنه يقع بها الطلاق الرجعي، ولا يقع إلا واحدة، وبقيت الكنايات إن نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثاً كانت ثلاثاً، وإن نوى اثنتين كانت واحدة بائنة). انظر: القدوري: ص ٧٤، والمبسوط: ٧٣/٦، وتحفة الفقهاء: ٢٧/٢، وتبيين الحقائق: ١٦٩/٢.

(٣) جاء في حلية الفقهاء: ٩٢٠/٢: (وذكر بعض أصحابنا: أن الشافعي - رحمه الله - نص على أنه كناية، والكنايات كلها بعد الدخول رجعية إذا لم ينو الثلاث).

وقال: الكنايات كلها بوائن إلا قوله: اعتدي واستبرئ وأنت واحدة، ويقع بها ما ينويه من العدد. وقال: الكنايات البوائن لا يقع لها طلقان وإنما يقع بها واحدة أو ثلاثاً إن نوى الثلاث إلا قوله: اختاري.

وقال مالك: الكنايات الظاهرة يقع بها الثلاث سواء نوى الثلاث أم لم ينو، **وقال أحمد:** الكنايات الظاهرة يقع بها ثلاث وإن نوى بها واحدة، والخفية يقع بها ما نواه.

ينوي الثلاث فيكون ثلاثاً. دليلنا: على الشافعي أنه أوقع الطلاق بلفظ يقتضي البينونة وهو ممن يملك البينونة، فوجب أن يقع الطلاق على الوجه الذي يقتضيه لفظه، كما لو قال أنت طالق ثلاثاً، ولأنه طالق لو وقع بعد الخلوة لم يثبت الرجعة أشبه ما ذكرنا.

فصل: والدلالة على أبي حنيفة أن هذا طلاق صادق مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد، فوجب أن يكون ثلاثاً كما لو قال: أنت طالق.

فصل: والدلالة على مالك^(١) أن هذه بينونة أوجبت الثلاث في حق المدخول بها، فأوجب الثلاث في حق غير المدخول بها أصله ما ذكرنا.

١٥٩٣ - مسألة: إذا نوى بالكنيات الخفية عدداً من الطلاق ثبت قل أو كثر^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: لا يثبت بها إلا واحدة بائن، أو ثلاث، فأما طلقتان فلا. دليلنا: إن من ملك إيقاع طلبة بكناية ملك إيقاع طلقتين بكناية كالعبد.

١٥٩٤ - مسألة: إذا قال لامرأته: لست لي بامرأة فإنه كناية، وبه قال أبو حنيفة^(٣).

(١) جاء في الشرح الكبير للدردير: ٣٧٩/٣ (وأشار إلى القسم الثاني من أقسام لفظه وهو الكناية الظاهرة بقوله: ويلزم الثلاث في المدخول بها وغيرها لا ينوي في أحد هذين اللفظين (بنة وحبلك على غارمك) .. ثم ذكر ثلاثة ألفاظ يلزمه فيها الثلاث في المدخول بها، وواحدة في غيرها إلا أن ينوي أكثر، وإن كان ظاهره لزوم الثلاث مطلقاً).

(٢) جاء في المغني: ٣٦٩/١٠: (القسم الثالث: الخفية نحو اخرجني واذهبي وذوقي ... وسائر ما يدل على الفرق، ويؤدي معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره، فهذه ثلاث إن نوى ثلاثاً، واثنان إن نواههما، وواحدة إن نواها أو أطلق، قال أحمد: ما ظهر من الطلاق فهو علي ما ظهر.. والطلاق الواقع بالكنيات رجعي ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب).

(٣) جاء في تبين الحقائق: ٢١٨/٢: (قال رحمه الله: وتطلق بليست لي بامرأة، أو لست لك بزواج، وإن نوى طلاقاً .. يعني تطلق امرأته بقوله لها: لست أنت امرأتي، أو قال: لست أنا زوجك إذا نوى به طلاقاً، وهذا عند أبي حنيفة. وقالوا: لا تطلق، لأنه نفى السكاح، فلا يكون طلاقاً بل يكون كذباً فصار كما لو قال: لم أتزوجك).

وقال أصحابه : لا يقع شيئاً. ^(١) دليلنا: أن هذه اللفظة تحتل الطلاق ويكون معناه لأنني طلقتك، فهو كقوله : لا نكاح بيني وبينك.

١٥٩٤ - مسألة : إذا قال لأمته أنت طالق ونوى بها الحرية، لم يقع به شيء، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى : يقع، وبه قال الشافعي وجه الأولى : وقد ذكرهما أبو بكر أنه لفظ وضع لإزالة الملك عن المنافع أشبه لفظة الإجارة.

١٥٩٦ - مسألة : إذا قال لزوجته أنا منك طالق ^(٢)، أو رد الأمر إليها فطلقتها لم يقع الطلاق ^(٣). وبه قال أبو حنيفة خلافاً لمالك والشافعي ^(٤). دليلنا: أنه أضاف الطلاق إلى من لا تصح إضافته إليه لفظاً ولا معنى، أشبه إذا أضافه إلى الأجنبي.

(١) جاء في مختصر اختلاف الفقهاء: ٤٢٤/٢: (فيمن قال: لست لي بامرأة.. قال أبو حنيفة: إذا نوى الطلاق فهو طلاق).

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة: إذا قال: (والله ما أنت لي بامرأة) أو ليست لي والله امرأة، وهو يريد الطلاق لم يكن طلاقاً... وقال أبو يوسف، ومحمد: الأول أيضاً ليس بطلاق).

(٢) إذا قال الرجل لامرأته: أنا منك طالق، فهي مسأنة خلافية.. فذهب الحنابلة والأحناف إلى: (أن الطلاق لا يقع بهذا اللفظ، لأن الزوج ليس بمحل للطلاق، بل هو مائت نطلاق، وفي هذه العبارة أضاف الطلاق إلى غير محله، ومن لا يقع كما لو أضافه إلى الحيوان). راجع المبسوط: ٧٨/٦.

وذهب المالكية والشافعية إلى: (أنه إذا طلق بهذه العبارة وقع الطلاق، لأن عقد النكاح مشترك بين الزوجين حيث أن كل واحد منهما محلاً له، فإذا أضاف الطلاق إلى نفسه، فقد أضاف الحرمة إلى محل الحل فصح كما لو قال أنت مني طالق) انظر: نهاية المحتاج: ٤٤٩/٦.

(٣) جاء في الكافي: ١٦٧/٣: (إذا قال لزوجته: أنا منك طالق، لم تطلق، لأنه محل لا يقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية، فلم يقع بنية كالأجنبي، ولأنه لو قال: أنا طالق لم يقع به طلاق، فكذلك إذا قال: أنا منك طالق كالأجنبي).

(٤) جاء في المذهب: ٢٩١/٤: (ويجوز إضافة الطلاق إلى الفروج بأن يقول لها: أنا منك طالق) وجاء في ص ٢٩٥: (وإن قال أنا منك طالق، أو جعل الطلاق إليها فقالت: طلقتك، أو أنت طالق، فهو كناية يقع به الطلاق مع النية، ولا يقع من غير نية).

١٥٩٧ - مسألة: إذا قال لزوجته أنت طالق ونوى به الثلاث كان واحدة، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال الشافعي^(٢): يكون ثلاثاً، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن هذه أحد البيّنونتين فلا يقع بقوله أنت طالق مع النية كالصغرى، ولأنه صريح نوعه فلا تؤثر النية في عدده كالظهار.

١٥٩٨ - مسألة: يقع الطلاق بالكناية، وبه قال أكثرهم، إلا أنهم يشترطون النية^(٣)، وقال الشافعي: لا يقع بالكناية^(٤). دليلنا: أنها حروف تنبئ عن المراد، أو يفهم منها صريح الطلاق، أشبه النطق، وإذا نوى على ما عدا الشافعي.

١٥٩٩ - مسألة: لا يقع الطلاق بمجرد النية، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لما لك في

(١) جاء في الكافي: ١٧٩/٣: (إن قال أنت طالق ولم ينو عدداً فهي واحدة، وإن نوى ثلاثاً أو اثنتين فثلاثة روايتان؛ أحدهما: لا يقع إلا واحدة، لأن لفظه لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم يقع به ثلاث كالتى قبلها. والثانية: يقع به ما نواه، لأنه نوى بلفظه ما يحتمله بدليل أنه يصح تفسيره به فأنسبه الكناية).

(٢) جاء في المذهب: ٣٠٢/٤: (إذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله أنت طالق، أو بائن، أو بته، ونوى طلقتين أو ثلاثاً وقع).

(٣) جاء في المغني: ٣٦٦/١٠: (وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد والخرقي، أن الطلاق يقع بهذه الكنايات من غير نية كقول مالك، لأنه اشتهر استعمالها فيه، فلم تحتج إلى نية كالصريح... ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع إلا بنية لقوله: وإذا أنى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه، فمفهومه أن غير الصريح لا يقع بنية، ولأن هذه كناية فلم يثبت حكمه بغير نية كسائر الكنايات).

(٤) جاء في المذهب: ٢٩٤/٤: (وأما الكناية فهي كثيرة وهي الألفاظ التي تشبه الطلاق، وتدل على الفراق كأنت بائن... الخ، فإن نوى به الطلاق وقع، وإن لم ينو لم يقع، لأنه يحتمل الطلاق وغيره).

(٥) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٢٧/٣: (يعتبر للطلاق اللفظ أو ما يقوم مقامه كما يأتي، فلا يقع الطلاق بالنية وحدها إن لم يقارنها لفظ: لأن الفعل المعبر عما في النفوس من الإرادة والعزم والقطع، وإنما يكون بمقارنة اللفظ للإرادة لحديث: «إن الله تجاوز لأمتي عن ثلاث: الخطأ والنسيان، وما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل به»).

إحدى روايته. دليلنا: أنه حل عقد فلا ينحل باعتقاد إنحلاله كسائر العقود، وكما لو نوى الحاكم أن يطلق على غيره.

١٦٠ - مسألة: إذا خير الرجل زوجته فهو كناية من الطرفين فيحتاج إلى نيتهما، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة: يحتاج إلى نية الزوج خاصة، وقال مالك: لا يحتاج إلى نية. دليلنا: على أبي حنيفة أن المرأة أحد الزوجين أشبه الزوج، ونخص مالك بما روي عن النبي ﷺ: «أنه خير نساءه ولم يكن ذلك طلاقاً»^(٢)، ولأننا قد بينا أن ما زاد على الثلاثة ألفاظ لا يكون صريحاً خلافاً له أيضاً، والكلام يعود إلى ذلك.

١٦٠١ - مسألة: إذا خير زوجته ونوى طلاقاً فاختارت نفسها فهي واحدة رجعية^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: تكون طلاقاً بائناً^(٤)، وقال مالك^(٥): يقع بها ثلاثاً في المدخول بها، وواحدة في حق غير المدخول بها. دليلنا: أنه مذهب عمر، وعلي، وابن عمر. وابن عباس، وابن مسعود، وجابر، وعائشة، ولأنها مطلقة يلحقها طلاقه فجاز أن تملك رجعتها، كما لو قالت: أنت طالق، والدلالة على مالك ما تقدم في الكنايات.

(١) جاء في المغني: ٣٨٣/١٠: (وقوله: أمرك بيدك، وقوله اختاري نفسك.. كناية في حق الزوج يفتقر إلى نية أو دلالة حال كما في سائر الكنايات، فإن عدم لم يقع به طلاق، لأنه ليس بصريح وإنما هو كناية).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: ١١٠٤/٢، وأحمد في المسند: ٧٨/١.

(٣) جاء في المغني: ٣٨٢/١٠: (وجملة الأمر أن المملكة والمخيرة إذا قالت: اخترت نفسي، فهي واحدة رجعية.. وروي ذلك عن عمر وابن مسعود والثوري والشافعي.. وروي عن علي أنها واحدة بائنة، وبه قال أبو حنيفة، وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث، وبه قال الحسن ومالك).

(٤) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤١٧/٢: (قال أصحابنا: في الخيار إن اختارت نفسها فواحدة بائنة).

(٥) جاء في المدونة: ٢٨٣/٢: (قال ابن القاسم: قلت لمالك: أرأيت امرأة يقول لها زوجها أمرك بيدك فتقول قد قبلت نفسي، ثم تقول بعد ذلك: إنما أردت واحدة أو اثنتين..؟ قال: لا يقبل قولها).

- ١٦٠٢ - مسألة: إذا خيرها فاختارت ونوى الثلاث فهي ثلاث^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يقع واحدة. دليلنا: أن كل لفظة يقع بها الطلاق جاز أن يقع بها الثلاث إذا لم يكن صريحاً والواحدة كقوله: أمرك بيدك وأنت بائن.
- ١٦٠٣ - مسألة: إذا كرر لفظة الاختيار ثلاثاً، ونوى به واحدة فهو واحدة^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا قبلت وقع الثلاث^(٣). دليلنا: أن تكراره يحتمل الإفهام والتأكيد، ويحتمل التكرار فلا يثبت بالشك كما قلنا في لفظة الطلاق والمخالف لا يسلم الأصل والاستدلال قائم بنفسه.
- ١٦٠٤ - مسألة: إذا قال لها اختاري من ثلاث تطبيقات ما شئت، فلها أن تختار ما دون الثلاث^(٤)، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد: تختار الثلاث. دليلنا: أن (من) للتبويض، فلو قلنا تقع الثلاث ألغينا هذه اللفظة.
- ١٦٠٥ - مسألة: إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الطلاق فطلقت نفسها ثلاثاً، وقع

(١) انظر: المغني: ٢٨٣/١٠ وما بعدها.

(٢) جاء في المغني: ٣٩٣/١٠: (فإن كرر لفظ الخيار فقال: اختاري، اختاري، اختاري، فقال أحمد: إن كان إنما يردد عليها ليفهمها، وليس بنية ثلاثاً، فهي واحدة، وإن أراد بذلك ثلاثاً فهي ثلاث، فرد الأمر إلى نيته في ذلك، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن قبلت وقع ثلاثاً، لأنه كرر ما يقع به الطلاق، فتكرر).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ١٨٣٧/٤: (فإن ذكر الثلاث في التخيير بأن قال لها: اختاري - ثلاثاً - فقالت: اخترت، يقع الثلاث، لأن التنصيص على الثلاث دليل لإرادة اختيار الطلاق، لأنه هو الذي يتعدد، فقولها اخترت يتصرف إليه فيقع الثلاث.. ولو كرر التخيير بأن قال لها: اختاري اختاري ونوى بكل واحدة منها الطلاق، فقالت: اخترت يقع ثنتان، لأن كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه لوجود ركنه وشرطه وهو النية).

(٤) جاء في المغني: ٣٩١/١٠: (فإن قال اختاري من الثلاث ما شئت.. فلها أن تختار واحدة أو اثنتين، وليس لها اختيار الثلاث بأكملها، لأن من للتبويض، فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث فلا يكون لها اختيار الجميع).

الثلاث نواه أو لم ينوه^(١)، وقال الشافعي^(٢) : لا يقع الثلاث حتى ينوه. دليلنا: ما روي عن عثمان، وعلي، وابن عمر، وابن عباس أنهم قالوا القضاء ما قضت ولم يعتبروا نيته في العدد، وأيضاً فإن لفظة الأمر تقتضي الجنس، لأنها مضافة إليها بقوله أمرك بيدك، والإضافة تقتضي الجنس، ولهذا إذا قيل مال فلان الإبل اقتضى ذلك جنس المال، وإذا كان كذلك اقتضى هنا جنس الطلاق وهو الثلاث.

١٦٠٦ - مسألة: إذا خيرها فلها أن تختار ما دامت في مجلسها ذلك ولم تأخذ في عمل يقطع حكم المجلس، وبه قال أبو حنيفة ومالك في إحدى الروايتين^(٣)، وعنه رواية أخرى : ما لم تقف أو يقفها السلطان، أو يطأها، وقال الشافعي: أنه على الفور. دليلنا: عليه ما روي عن عمر وعثمان أنهما قالا : لها الخيار ما لم يتفرقا، لأنها اختارت في مجلسها، أشبه إذا كان عقيبه، ونخص مالك بأنه تملك فكان مقصوراً على المجلس كخيار القبول.

فصل: فإن قال لها أمرك بيدك فلها الخيار ما لم يطأها، وقال أكثرهم : الأمر كالخيار، وقد حكينا اختلافهم هناك وجه قولنا أنه رد الطلاق إلى غيره بلفظة الأمر فكان على التراخي، كما لو رده إلى أجنبي وافق أصحاب الشافعي.

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٣٣/٣ : (وقوله لامرأته أمرك بيدك كناية ظاهرة تملك بها أن تطلق نفسها ثلاثاً، وإن نوى أقل نصاً وأفنى به غير مرة. وروي عن عثمان، وعلي، وابن عمر، وابن عباس؛ لأنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمورها، لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث أشبه ما لو قال طلقي نفسك ما شئت).

(٢) جاء في المذهب: ٢٩٨/٤ : (إذا قال لامرأته: اختاري، أو أمرك بيدك، فقالت: اخترت، لم يقع حتى ينوي، لأنه كناية، ولأنها تحتل الطلاق وغيره، فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق). انظر: روضة الطالبين: ٤٩/٨.

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٢٢/٢ : (قال أصحابنا، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والحسن بن حي، والليث، والشافعي : إذا خيرت فخيرها على المجلس، فإن قامت قبل أن تقول شيئاً بطل خيارها).

١٦٠٧ - مسألة: إذا رد إليها الفرقة بلفظ الخيار^(١) أو الأمر، أو الطلاق، ملك الرجوع فيه قبل الإيقاع^(٢)، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه تمليك يقف على القبول أشبه سائر التمليكات.

١٦٠٨ - مسألة: إذا قال لزوجته أمرك بيدك اليوم وغداً وبعد غد، ثم ردت الأمر في أول يوم لم يبطل في باقي^(٣) الأيام، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لصاحبيه^(٤). دليلنا: أنه قد جعل لها الخيار في كل يوم لأنه عطف اليوم الثاني والثالث على الخبر في اليوم الأول إذ العطف على الاسم لا يفيد فائدة فحصل كأنه قال أمرك بيدك غداً وأمرك بيدك بعد غد.

١٦٠٩ - مسألة: إذا قال لها: طلقي ثلاثاً، صح أن تطلق واحدة، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك. دليلنا: أن من ملك الثلاث ملك الواحدة كالزوج.

(١) جاء في المغني: ٣٨١/١٠: (فإن رجع الزوج فيما جعل إليها، أو قالت: فسخت ما جعلت إليك بطل، وبذلك قال عطاء، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، والأوزاعي، وقال الزهري، والثوري، ومالك، وأصحاب الرأي: ليس له الرجوع، لأنه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت).

(٢) جاء في معونة أولى النهى شرح المنتهى: ٥١٠/٧: (ويصح أن يجعل لزوجته الخيار بعد المجلس، وأن يجعله لها متى شئت كالوكيل، وله الرجوع قبل اختيارها، وإن وطأها كان رجوعاً له لأنه عليه).

(٣) قال ابن فدامة: ٣٨٨/١٠: (لو قال لها: اختاري نفسك اليوم وغداً وبعد غد فلها ذلك، فإن ردت في اليوم الأول بطل كله ..

وإن قال: اختاري نفسك اليوم، واختاري نفسك غداً، فردته في اليوم الأول لم يبطل في الثاني. وقال أبو حنيفة: لا يبطل في المسألة الأولى أيضاً).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ١٨٢٩/٤: (ولو قال: أمرك بيدك اليوم وغداً، أو قال: أمرك بيدك هذين اليومين فلها الأمر في اليومين تختار نفسها في أيهما شاءت، ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقى شيء من الوقتين، وهل يبطل باختيارها زوجها...؟ ولو قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد غد... فمعه الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم، وكان الأمر بيدها بعد غد حتى كان لها أن تختار نفسها بعد غد، ذكره القدوري هذه المسألة ونسب القول إلى أبي حنيفة وأبي يوسف).

١٦١٠ - مسألة: إذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً وقع واحدة،^(١) وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أكثرهم: لا يقع شيء.^(٣) دليلنا: أنها أوقعت الطلاق المأمور به وزيادة فبطلت الزيادة كقولها: طلقت نفسي وضرائري، وأشبه الزوج إذا بقي من طلاقه واحدة فطلق ثلاثاً.

١٦١١ - مسألة: إذا قال لزوجته أنت علي حرام، فإنه صريح في الظهار أمة كانت أم حرة واختلفت الصحابة في ذلك، فقال أبو بكر وعائشة: يمين وعليه كفارة الظهار، وعن عمر: طلقة رجعية، وعن عثمان صريح في الظهار، وعن علي وأبي هريرة وزيد بن ثابت: أنه طلاق ثلاث، وعن ابن مسعود كفارة يمين وليس بيمين، وهو إحدى الروايتين^(٤) عن ابن عباس، واختلف الفقهاء في ذلك فقال أبو حنيفة^(٥): إن نوى الطلاق كان الطلاق أو الظهار، أو اليمين كان

(١) جاء في المغني: ٣٩٥/١٠: (وإن قال: طلقي واحدة، فطلقت ثلاثاً، وقعت واحدة، نص عليه أيضاً، وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يقع شيء لأنها لم تأت بما يصلح قبولاً فلم يصح).

(٢) جاء في مغني المحتاج: ٢٨٧/٣: (ولو قال طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة، أو طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً طلقت واحدة).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ١٨٤٧/٤: (ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف، ومحمد: يقع واحدة، لأنها أتت بما فوض الزوج إليها وزادت على القدر المفوض، فيقع القدر المفوض، وتلغو الزيادة).

(٤) جاء في الإنصاف: ٤٨٦/٨: (وإن قال: أنت علي حرام، أو ما أحل الله علي حرام، ففيه ثلاث روايات: إحداهن: أنه ظهار، وهو المذهب في الجملة. قال في الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والمستوعب: هذا المشهور في المذهب، وقطع به الخرق، وصاحب الوجيز، والمنور، ومنتخب الآدمي البغدادي، وغيرهم. والرواية الثانية: هو كناية ظاهرة حتى نقل حنبل والأثر [الحرام] ثلاث. قال في الفروع مع أن أكثر الروايات كراهة الفتيا بالكنايات الظاهرة. والرواية الثالثة: أنه ظاهر في اليمين عند الإطلاق يتصرف إليه. وعنه رواية رابعة: أنه كناية خفية).

(٥) جاء في المبسوط: ٧٠/٦: (قال - رضي الله عنه - وإذا قال لامرأته أنت علي حرام، فإنه يسأل عن نيته، لأنه تكلم بكلام مبهم محتمل لمعان، وكلام المتكلم محمول على مراده، ومراده إنما يعرف من جهته فيسأل عن نيته، فإن نوى الطلاق فهو طلاق، لأنه نوى ما يحتمله كلامه.. ثم إن نوى ثلاثاً فهو ثلاث، لأن حرمتها عليه عند وقوع الثلاث.. وإن نوى واحدة بائنة فهي واحدة بائنة...).

مانواه، وإن أطلق كان يميناً، وقال مالك : هو في حق المدخول بها ثلاثاً وغير المدخول بها واحدة، وقال الشافعي^(١) : إن نوى الطلاق أو الظهار كان ما نواه، وإن نوى اليمين لم يكن يميناً وفيه كفارة يمين وإن أطلق ففيه قولان: أحدهما: كفارة يمين، والثاني: لا شيء عليه. دليلنا: أنه لفظ تحريم يوجب الكفارة أوقعه بالزوجة لفظ تحريم لا يزيل الملك أشبه قوله أنت علي كظهر أمي.

١٦١٢-مسألة: إذا حرم أمته، أو طعامه وشرابه كان حالفاً، وعليه كفارة يمين إذا حنث، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وقال الشافعي: إن حرم أمته فعلى قولين أحدهما: كفارة يمين وليس بيمين، والثاني لا شيء عليه. دليلنا: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتِ أَزْوَاجِكَ﴾^(٣) الآية. فوجه الدلالة قوله: تحلة أيما نكح، وهذا ورد في تحريمه للعسل، وقيل لمارية القبطية، ولأنه تحريم لمباح فتعلق به كفارة كتحريمه لأمته.

١٦١٣-مسألة: إذا قال لزوجته إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق، أو فعبيدي حر، ثم قال: أنت طالق إذا جاء الحاج أو المطر أو رأس الشهر، حنث في يمينه الأول^(٤).

(١) جاء في المذهب: ١٩٩/٤: (إذا قال لامرأته: أنت علي حرام، ونوى به الطلاق فهو طلاق، لأنه يحتمل التحريم بالطلاق، وإن نوى الظهار فهو ظهار، لأنه يحتمل التحريم بالظهار.. ولا يكون ظهاراً ولا طلاقاً من غير نية، لأنه ليس بصريح في واحد منهما).

(٢) جاء في المبسوط: ٧١/٦: (ولو قال كل حل علي حرام يسأل عن نيته، فإذا نوى يميناً فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن ينويها.. فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة).

(٣) سورة التحريم: الآية رقم: ١.

(٤) جاء في الكافي: ٢٠٥/٣: (إذا قال لزوجته: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إن طلعت الشمس، أو قدم الحاج فأنت طالق، ففيه وجهان، أحدهما: لا تطلق حتى تطلع الشمس، ويحيى الحاج، لأن الحلف ما قصد به المنع من الشيء، أو الحنث عليه، أو التصديق.. هذا قول القاضي في المجرد، وابن عقيل.

والثاني: أنه حلف بغير شيء، حتى شرط فكان حلفاً.. هذا قول القاضي في الجامع، وأبي الخطاب).

وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي^(١) : لا يحنث حتى يكون يمينه ممتنعاً من فعل شيء ، أو موجباً على نفسه ، أو مصداقاً لنفسه ، أو مبريها كقوله : إن دخلت الدار أو لم أدخل هذا في الإيجاب والمنع ، فأما تصديق نفسه أو برائتها فنحو أن تقول له : أنك لتحب فراقى ، فيقول : إن كنت أحب فراقك فأنت طالق .

(١) جاء في المذهب : ٣٣٧/٤ : (وإن قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها : إن طلعت الشمس أو إن جاء الحاج فأنت طالق ، لم يقع الطلاق حتى تطلع الشمس أو يجيء الحاج ، لأن اليمين ما قصد بها المنع من فعل أو الحث على فعل ، أو التصديق على فعل ، وليس في طلوع الشمس ومجيء الحاج منع ولا حث ولا تصديق ، وإنما هو صفة للطلاق ، فإذا وجدت وقع الطلاق بوجود الصفة) .

كتاب الطلاق في النكاح المختلف فيه

١٦١٤ - مسألة: يقع الطلاق في النكاح المختلف فيه ، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه نكاح مختلف فيه أو يسوغ الاجتهاد فيه أشبه النكاح بلا ولي على أبي حنيفة ، وعلى الشافعي : نكاح الخامسة والرابعة في عدة منه .

١٦١٥ - مسألة: إذا قال لغير مدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق، وقع طلاقه، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال مالك : يقع الثلاث^(٢). دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وزيد بن ثابت : كمدھبنا، ولأن بالطلاق الأولى تقع البينونة والثانية والثالثة تصادفها وهي بائن فلا يقع عليها، كما لو تراخا بينهما

فصل: فإن قال لها: أنت طالق وطالق وطالق وقع الثلاث^(٣)، وقال أبو حنيفة^(١) والشافعي^(٢) : يقع واحدة. دليلنا: أن الواو تقتضي الجمع من غير

(١) جاء في الكافي: ١٨٥/٣ : (إذا قال: أنت طالق، أنت طالق لغير مدخول بها، طلقت طلاقاً واحداً، لأنها بانة بالأولى فلم يقع بها ما بعدها، لأنه أوقعه على بائن .. وكذلك كل طلاق يترتب في الوقوع كقوله: أنت طالق ثم طالق، أو طالق فطالق، أو طالق بل طالق وطالق، أو طالق طلاقاً فطلاقاً، لم يقع إلا واحدة).

(٢) جاء في الدسوقي على الشرح الكبير للدردير: ٣٨٥/٣ : (وإن كرر ثلاثاً بلا عطف لزمه ثلاث في المدخول بها كغيرها - أي غير المدخول بها يلزمه الثلاث).

(٣) جاء في المغني: ٤٩٥/١٠ : (وإذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق وطالق وطالق لزمه الثلاث، لأنه نسق وهو مثل قوله: أنت طالق ثلاثاً .. وبهذا قال مالك، والأوزاعي، والليث، وربيعه، وابن أبي ليلى، والشافعي في القديم).

وقال الثوري وأبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور: لا يقع إلا واحدة، لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها ... ولنا: أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها، فيكون موقعاً للثلاث جميعاً فيقعن عليها كقوله: أنت طالق ثلاثاً).

مهلة ولا ترتيب أشبه إذا قال أنت طالق طلقة معها طلقتان، وأشبه إذا قال أنت طالق ثلاثاً.

١٦١٦ - مسألة: إذا كرر الطلاق في حق المدخول بها وقصد بها الإفهام، لم يقع إلا واحدة^(٣) كقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، وبه قال الشافعي^(٤) في أحد قوليه، وقال في الآخر: يلزمه الثلاث، وبه قال أكثرهم. دليلنا: أن الطلاق يؤكد بالتكرار كالإقرار، ثم هناك يرجع إلى نيته كذلك هاهنا.

١٦١٧ - مسألة: إذا قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار وقعت واحدة في الحال وسقط ما بعدها^(٥)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تقع شيء حتى تدخل فتقع الثلاث. دليلنا: أن ثم للتراخي، فيفصل بين الأولى والثانية، فهو كما لو سكت ثم قال: إن دخلت الدار.

(١) جاء في المبسوط: ٨٨/٦ وما بعدها: (قال - رضي الله عنه - : رجل قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق وطلق وطلق، فلا يقع إلا واحدة، لأنها كلمات متفرقة ...).

(٢) جاء في حلية العلماء: ٩٢٥/٢: (وإن قال لغير المدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، طلقت طلقة، وهو قول أبي حنيفة، وأبي ثور، والثوري، وحكي عن الشافعي - رحمه الله - في القديم: أنها تطلق ثلاثاً ... وأكثر أصحابنا قالوا: لا يقع إلا طلقة واحدة).

(٣) جاء في المغني: ٤٩٠/١٠: (إذا قال لامرأته المدخول بها أنت طالق مرتين، ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف، وإن نوى بها إفهامها أن الأولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق إلا واحدة، وإن لم تكن له نية وقع طلقتان، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وهو الصحيح من قول الشافعي، وقال في الآخر: تطلق واحدة، لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام).

(٤) جاء في المهذب: ٣٠٦/٤: (وإن قال للمدخول بها: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. نظرت، فإن كان أراد التأكيد لم يقع أكثر من طلقة، لأن التكرار يحتمل التأكيد، وإن أراد الاستئناف وقع بكل لفظة طلقة).

(٥) جاء في الممتع: ٢٩٨/٥: (إذا قال لمدخول بها: أنت طالق فطالق، أو ثم طالق، أو بل طالق، أن طالق طلقة بل طلقتين ... طلقت طلقتين، وإن كان غير مدخول بها بانث بالأولى ولم يلزمها ما بعدها).

١٦١٨ - مسألة: إذا قال أنت طالق إلى سنة أو شهر طلقت بعد مضي المدة، وبه قال الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة: يقع في الحال. دليلنا: ما روي عن ابن عباس أنه قال: (هي امرأته إلى سنة)^(٢)، ولأن قوله إلى سنة يحتمل ابتداء الطلاق إلى سنة ويحتمل انتهاء الإيقاع إلى سنة، والأصل بقاء النكاح فلا يزيله بالشك.

١٦١٩ - مسألة: طلاق المكره لا يقع^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لأبي حنيفة^(٥). دليلنا: ما روى النجاد بإسناده عن عمر، وعلي، وابن عمر، وابن عباس^(٦)، وابن الزبير، وجابر بن سمرة مثل قولنا، ولأنه قول محمول عليه بغير حق فلا يثبت كالإقرار بالطلاق.

فصل: ولا يكون التواعد إكراهاً خلافاً لإحدى الروايتين^(٧)، ولأكثرهم، وفيه

(١) جاء في شرح المنتهى: ١٤٨/٣: (إذا قال لامرأته أنت طالق غداً، أو أنت طالق يوم كذا وقع الطلاق بأولهما - أي طلوع فجرهما، لأنه جعل الغد، ويوم كذا طرفاً للطلاق، فكل جزء منهما صالح للوقوع فيه).

(٢) نقل ذلك ابن قدامة في المغنى: ٤١٠/١٠ كتاب الطلاق، فصل: ولو قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا.

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٢٠/٣: (ولا يقع الطلاق ممن أكره على الطلاق ظمناً للخبر، فإن أكره عليه بحق كحاكم يكره مولياً بعد التبرص وأبي حنيفة ونحوه وقع).

(٤) جاء في المذهب: ٢٧٩/٤: (وأما المكره فإنه ينظر، فإن كان إكراهه بحق كالمولي إذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه، لأنه قول لم يصح لقول الرسول ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»).

(٥) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٢٩/٢: (قال أصحابنا: يصح طلاق المكره ونكاحه وعقته ونذره، وقال مالك، والأوزاعي، والحسن بن حي، والشافعي: لا يصح).

(٦) روى البيهقي في السنن الكبرى: ٣٥٧/٧ أن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «لم يجز طلاق المكره».

(٧) جاء في الكافي: ١٦٥/٣: (ولا يكون مكرهاً إلا بشروط ثلاثة، أحدهما: أن يكون المكره قادراً على فعل ما توعد به، لا يمكن دفعه عنه. والثاني: أن يغلب على ظنه فعل ما توعد به إن لم يفعل الثالث: أن يكون ضرره كبيراً غير محتمل. والمهدد بالشتيم أو الضرب اليسير ونحوه، فليس بمكره ...).

رواية ثالثة: إن كان بالقتل كان إكراهاً وجه الأولى: أن التواعد ممن لا يقدر على الفعل لا يكون كرهاً، فإن كان ممن يقدر على ذلك كسلطان فهو أبلغ إكراهاً.

فصل: ولا فرق بين أن يكون الإكراه من سلطان أو غيره خلافاً لإحدى الروایتين، وعن أبي حنيفة: أنه يختص ذلك بالسلطان. دليلنا: أن كل من تمكن من إنفاذ ما تواعد به صح إكراهه كالسلطان.

١٦٢٠ - مسألة: يقع طلاق السكران^(١)، وبه قال أبو حنيفة^(٢) ومالك خلافاً لأحد الروایتين، وبه قال داود، والطحاوي، والكرخي من أصحاب أبي حنيفة، وعن الشافعي^(٣) كالْمذهبين. دليلنا: أنه نطق بالطلاق وليس معه ما يدل على فقد قصده بسبب هو غير معذور به فهو كالصاحي.

١٦٢١ - مسألة: إذا عقل الصبي الطلاق وقع طلاقه خلافاً لإحدى الروایتين^(٤)، ولأكثرهم^(٥) دليلنا: ما روي عن علي أنه قال: (اكتموا الصبيان النكاح)^(٦)، ولا وجه لكتمانه إلا مخافة الطلاق، ولأنه يعقل الطلاق أشبه البالغ.

(١) جاء في كشف القناع: ٢٣٤/٥: (ويقع طلاق من زال عقله بسكر ونحوه، كمن شرب مايزيل العقل عالم به محرم، بأن يكون مختاراً عالماً به).

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٣٠/٢: (قال أصحابنا: طلاق السكران وعقوده، وأحكام أفعاله ثابتة كأفعال الصّاحي إلا الردة، فإنه إن ارتد لا تبين منه أمرته استحساناً. وللشافعي قولان في طلاق السكران).

(٣) جاء في المذهب: ٢٧٨/٤: (وإن لم يعقل بسبب لا يقدر فيه، كمن شرب الخمر لعذر فسكر، أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله... فالمنصوص في السكران أنه يصح طلاقه، فمن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما: لا يصح، لأنه زائل العقل فأشبهه النائم أو مفقود الإرادة. والثاني: أنه يصح وهو الصحيح).

(٤) جاء في الإنصاف: ٤٣١/٨: (ومن الصبي العاقل يصح طلاق المميز العاقل على الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب.. قال في القواعد الأصولية: والأصحاب على وقوع طلاقه وهو المنصوص عن الإمام أحمد).

قال في المذهب: يقع طلاق المميز في أصح الروایتين... وعنه لا يصح منه حتى يبلغ).

(٥) جاء في المبسوط: ٥٣/٦: (ولا يكون طلاق الصبي طلاقاً حتى يبلغ).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة، في باب ما قالوا في الصبي من كتاب الطلاق، المصنف. ٣٥/٥.

١٦٢٢ - مسألة : إذا قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو الفور، فهو على التراخي كقوله : إن لم أطلقك^(١)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي : هي على الفور^(٢) في قوله : هي على الفور كقوله متى لم أطلقك، دليلنا : أن قوله : إذا لم أطلقك يحتمل أن يكون بمعنى إن لم أطلقك، ويحتمل متى لم أطلقك، والدلالة عليه أنه لو قال نويت به إن لم أطلقك قبل منه، والدليل عليه قول الشاعر : وإذا تصبك خصاصة فتجمل، معناه : إن تصبك، وإذا كان كذلك والأصل بقاء النكاح فلا نزيه بالشك.

١٦٢٣ - مسألة : إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها وأنسيها، فإنه يخرج المطلقة بالقرعة^(٣)، وقال مالك : يطلق الجماعة^(٤)، وقال أكثرهم : إن كان الطلاق على واحدة لا بعينها أخرجها بنفسه من غير قرعة، وإن كان على معينة

(١) جاء في المغني : ٤٣٨/١٠ : (وجملة ذلك أن حرف إن موضوع للشرط لا يقتضي زمناً ولا يدل عليه إلا من حيث إن العقل المعلق به من ضرورته الزمن، وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمان معين، ولا يقتضي تعليقاً، فما علق عليه كان على التراخي، سواء في ذلك الإثبات والنفي).

(٢) جاء في المذهب : ٣٣٤/٤ : (وإن قال : إن لم أطلق فأنت طالق، فالمنصوص أنه على التراخي، ولا يقع به الطلاق إلا عند فوات الطلاق، وهو عند موت أحدهما. وإن قال : إذا لم أطلق فأنت طالق، فالمنصوص أنه على الفور، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق وقع الطلاق، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحد منهما إلى الأخرى فجعلهما على قولين، ومنهم من حملهما على ظاهرهما، فجعل قوله : إن لم أطلق على التراخي، وجعل قوله إذا لم أطلقك على الفور وهو الصحيح).

(٣) جاء في المغني : ٥٢٢/١٠ : (أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه ونسيها أنها تخرج بالقرعة، فثبت حكم الطلاق فيها، ويحل له الباقيات).

روى إسماعيل بن سعيد قال : سألت أحمد الرجل يطلق امرأة من نسائه، ولا يعلم أيتها طالق..؟ قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة).

(٤) جاء في المدونة الكبرى : ٦٩/٢ : (قلت : رأيت لو أن رجلاً قال : إحدى امرأتي طالق ثلاثاً، ولم ينو واحدة منهما بعينها أكون له أن يوقع الطلاق على أيتهما شاء..؟ قال مالك : إذا لم ينو حين تكلم بالطلاق واحدة بعينها طلقاً عليه جميعاً، وذلك أن مالكا قال في رجل له امرأتان أو أكثر من ذلك : امرأة من نسائي طالق ثلاثاً إن فعلت كذا وكذا ففعله، قال : إن كان نوى واحدة بعينها حين حلف طلق عليه، وقال : وإلا طلقن جميعاً بما حلف به، وإن كان نوى واحدة منهن فنسي طلقن عليه جميعاً).

وأنسيها توقف حتى يذكرها . دليلنا : أنه مذهب علي وابن عباس ، لأن الطلاق على واحدة لا بعينها فلم يكن له صرفه إلى أيهما شاء ، كما لو عينها ثم أنسيها ، ونخص مالك بأنه أفرد إحديهن بالطلاق فلا يقع على جماعتهن ، كما لو لم يختلط عليه .

١٦٢١ - مسألة : إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها ، فإنه يحال بينه وبينهن إلى أن يخرج المطلقة بالقرعة^(١) ، فإن وطء إحديهن لم يبطل حكم القرعة ، وقال أبو حنيفة : لا يحال بينه وبينهن ، فإن وطء إحديهن انصرف الطلاق إلى غيرها ، واختلف أصحاب الشافعي^(٢) : فعنهم كقول أبي حنيفة ، وعنهم أنه يحال بينه وبينهن قبل التعيين . دليلنا : أن الطلاق في واحدة لا بعينها فلا يعينها بالوطء كما لو عينها بالطلاق ثم أنسيها .

فصل : فإن مات الزوج قبل الإخراج بالقرعة ، قام ورثته في ذلك مقامه^(٣) ، وقال أبو حنيفة^(٤) [.....]^(٥) وقال الشافعي : يوقف ميراث امرأة حتى

(١) جاء في الكافي : ٢٢٢/٣ : (وإن لم ينو واحدة بعينها ، تعينت بالقرعة ، وعليه نفقة الجميع حتى يتيقن المطلقة ، لأنهن محبوسات عليه) .

(٢) جاء في المذهب : ٣٦٧/٤ : (وإن طلق إحدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ، ويؤخذ بنفقتها إلى أن يعين ، وله أن يعين الطلاق فيمن شاء منهما .. وهل له أن يعين الطلاق بالوطء ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يعين بالوطء ، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن إحداهما محرمة بالطلاق فلم يتعين بالوطء . والثاني : يتعين ، وهو قول أبي إسحاق ، واختيار المزني ، وهو الصحيح ، لأنه اختار شهوة ، والوطء قد دل على الشهوة) .

(٣) جاء في المغني : ٥٢٦/١٠ : (فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة ، وكان الميراث للبواقي . نص أحمد على هذا ، وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهما كلهن ، لأنهن تساوين في احتمال استحقاق .. وقال الشافعي : يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه ، لأنه لا يعلم المستحق منهن) .

(٤) جاء في مختصر اختلاف الفقهاء : ٤٥٠/٢ : (إذا مات الزوج قبل أن يبين ، وكان قال : إحداهما طالق ثلاثاً ، فإن ميراثه بينهما ، وهو قول الأوزاعي والليث ... وقال الشافعي : يوقف أمره حتى يصطلحا) .

(٥) ما بين المعكوفين بياض في النسختين .

يصطلحاً^(١) دليلنا: أنها بائن في حال الصحة فلا ترثه بالزوجية، كما لو طلقها بعينها، ونخص الشافعي: بأن الحاكم جعل لفصل القضاء وقطع الخصومات، فأما للإيقاف فلا.

فصل: فإن مات أحد الزوجتين فلا يتعين الطلاق في الأخرى، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في التي لم تمت^(٢) دليلنا: ما تقدم أن المطلقة واحدة لا بعينها، فلا تتعين بالموت، كما لو عينها ثم أنسيها.

١٦٢٥ - مسألة: إذا قال: أنت طالق نصف طلبة، أو ربعها وقعت طلبة، وبه قال الفقهاء^(٣)، وقال داود: لا تقع شيء. دليلنا: أنه لا يخلو إما أن يلغي قوله نصف طلبة أو يستعملها، فإن ألغاه بقي قوله: أنت طالق، وإن استعملناها يجب أن تسري، لأنه لا يتبعض.

١٦٢٦ - مسألة: إذا كان له أربع نسوة، فقال امرأته طالق، ولم ينو واحدة منهن طلقن^(٤)، وبه قال ابن عباس، وقال أكثرهم: تطلق واحدة^(٥) دليلنا: أن

(١) جاء في المذهب: ٣٦٨/٤: (وإن مات الزوج وبقيت الزوجتان، وقف لهما من ماله نصيب زوجة إلي أن يصطلحا، لأنه قد ثبت إرث إحداهما بيقين، وليست إحداهما بأولى من الأخرى فوجب أن يوقف حتى يصطلحا).

(٢) جاء في مختصر اختلاف الفقهاء: ٤٥٠/٢: (قال أصحابنا: إذا قال لامرأته إحداكما طالق، فماتت إحداهما، طلقت الأخرى).

(٣) راجع المغني: ٥٢٢/١٠ وما بعدها.

(٤) جاء في المغني: ٥٢١/١٠: (وإذا قال امرأتي طالق، وأمّتي حرة، وله نساء وإماء.. ولم ينو شيئاً.. فقد قال أبو الخطاب: يطلق نساؤه كلهن ويعتق إماءه، لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى: ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾، ولأن ذلك يروى عن ابن عباس. وقال الجماعة: يقع على واحدة مبهماً).

(٥) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٥٠/٢، مسألة ٩٦٣ فيمن طلق واحدة من نسائه بغير عينها.. قال أصحابنا، والثوري وعثمان البتي، والليث: (إذا لم ينو واحدة يعينه حين قال، فإنه يختار أئنه شاء فيوقع الطلاق عليها، والباقيات نساؤه..

وقال مالك: إذا لم ينو واحدة بعينها طلقن عليه جميع نساؤه). انظر: المدونة: ٦٩/٢

لفظ الواحد في الإثبات يقتضي الجنس كقوله تعالى : ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث ﴾^(١)، وقوله : ﴿ وتمت كلمة ربك ﴾^(٢)، وقولهم : درهمي لك مبذول، وإذا كان كذلك يجب أن يكون هاهنا مثله.

١٦٢٧ - مسألة : إذا قال أنت طالق إنشاء الله وقع الطلاق^(٣)، وبه قال مالك، وقال أكثرهم : لا يقع.^(٤) دليلنا : أنه محكي عن ابن عباس، ولا يعرف له مخالف، ولأنه استثنى برفع الطلاق في الحال، والثاني فهو كقوله : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، ولا يلزم إذا علقه بمشيئة زيد، لأنه لا يرفعه في الثاني وهو إذا قال : زيد قد شئت الطلاق.

١٦٢٨ - مسألة : إذا شك^(٥) في عدد الطلاق بنى على اليقين، وبه قال أكثرهم^(٦)، وقال مالك : يقع الثلاث. دليلنا : أن ما زاد على الواحدة مشكوك فيه، فلا يقع كما لو شك في أصل الطلاق.

(١) سورة البقرة: الآية رقم: ٨٧ .

(٢) سورة هود: الآية رقم: ١١٩ .

(٣) جاء في الكافي ٢١٠/٣ : (فإن قال : أنت طالق، أو عبدي حر إن شاء الله، طلقت زوجته، وعنت عبده، لما روى ابن عباس أنه قال : إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق إن شاء الله، فهي طالق، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق حالاً ومالاً، فلم يصح كاستثناء الكل).

(٤) جاء في المهذب ٣١٥/٤ : (وإن قال : امرأتي طالق، أو عبدي حر، أو لك علي كذا إن شاء الله، أو بمشيئة الله، أو ما لم يشأ الله، لم يصح شيء من ذلك، لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : «من حلف على يمين، ثم قال : إن شاء الله كان له ثنياً»، ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله تعالى، ومشية الله لا تعلم، فلم يلزم بالشك شيء).

(٥) الشك : ضد اليقين، واصطلاحاً: تردد على السواء .. والمراد هنا مطلق التردد سواء كان على السواء أو ترجح أحد الطرفين.

(٦) جاء في كشف الفناع : ٣٣٢/٥ : (وإذا شك في عدد الطلاق، بأن علم أنه طلق ولم يدر عدده بنى على اليقين، فإن لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً، فواحدة).

١٦٢٩ - مسألة : المبتوتة في مرض الموت تستحق الميراث، وبه قال أكثرهم^(١)

خلفاً للشافعي في أحد قوليه.^(٢) دليلنا : أنه مذهب عمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وأبي بن كعب، ولأنها مطلقة في حال يثبت حقها في ماله ولم يوجد منها قبل الطلاق ولا بعده ما يسقط حقها، أشبه إذا قال : أنت بائن.

فصل : ويثبت الاستحقاق بعد انقضاء العدة، وفي رواية أخرى : لا يثبت مع انقضاء العدة وجه الأولى : ما تقدم ويكون أصله إذا لم تنقض العدة.

فصل : فإن تزوجت سقط حقها خلفاً لمالك. دليلنا : أنه وجد منها ما يدل على الاعراض أشبه قتل الزوج.

١٦٣٠ - مسألة : إذا سألته الطلاق في مرض الموت سقط حقها^(٣)، وبه قال

(١) جاء في المبسوط : ١٥٤/٦ : (قال رضي الله عنه : وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائة، ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي، من الاستحسان ترث منه، وهو قولنا.. وقال ابن أبي ليلى : وإن مات بعد انقضاء عدتها ترث منه ما لم تتزوج بزواج آخر، وهو قول الشافعي). وقال مالك : وإن مات بعدما تزوجت بزواج آخر فلها الميراث منه)..

(٢) جاء في روضة الطالبين : ٧٢/٨ : (طلاق المريض في الوقوع، كطلاق الصحيح ... فلو طلقها في مرض موته طلاقاً بائناً، ففي كونه قاطعاً للميراث قولان : الجديد يقطع وهو الأظهر، والقديم : لا يقطع، وحجة الجديد انقطاع الزوجية، ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق)

(٣) اختلف الفقهاء في المرأة يطلقها زوجها طلاقاً بائناً وهو في مرض الموت :

(أ) ذهب الحنفية والشافعية في القديم والحنابلة : إلى أن المرأة ترث زوجها في هذه الحالة، لأن الزوج يعتبر فاراً من الميراث فيعامل بنقيض قصده بشرط : أن يموت الزوج وهي لا تزال في العدة، وأن تكون الزوجة أهلاً للميراث، وأن لا تطلب الزوجة الطلاق من زوجها المريض، وأن لا يكون الزوج مكرهاً، وأن لا يكون الطلاق على مال. انظر : بدائع الصنائع : ٢٠٦٧/٤.

(ب) بينما يرى الشافعية في الجديد إلى : أن طلاق المريض مرض الموت إذا كان بائناً ومات المريض والزوجة ما زالت في العدة فإنها لا ترث، لأن سبب الإرث هو قيام الزوجية، وبالطلاق البائن انتفت الزوجية وأصبح كل واحد أجنبياً عن الآخر.

(ج) يتفق الحنابلة والشافعية في القديم على أن المطلقة في هذه الحالة ترث ما دامت في العدة، ولكن المشهور عن أحمد في رواية أبي بكر أنها ترثه سواء كانت في العدة أم لا، ما لم تتزوج.

(د) وذهب المالكية إلى : أنها ترث زوجها ما لم ترث، وهناك رواية : أنها ترث حتى ولو تزوجت. راجع الزرقاني على الموطأ : ١٢٠/٤.

أبو حنيفة ، وفي رواية أخرى : لا يسقط ، وبه قال مالك . دليلنا : أنها رضيت بإسقاط حقها ، فهو كما لو أقر بماله لوارث أو وصى بجميع ماله فأجاز له الوارث .

١٦٣١ - مسألة : إذا علق طلاقها بصفة في حال الصحة ، ووجدت الصفة في مرض الموت ، استحققت الميراث خلافاً لأبي حنيفة^(١) وإحدى الروایتين . دليلنا : أن الطلاق وقع في حالة المرض ، أشبه إذا علق اليمين في المرض .

١٦٣٢ - مسألة : إذا اعترف في مرض موته أنه طلق زوجته في حال الصحة وانقضت عدتها وصدقته على ذلك ثم وصى لها ، أو أقر لها ، فإنه يعتبر ذلك بأقل الأمرين من ميراثها له ، وما أقر به [.....]^(٢) يصح الإقرار بالدين ويصح الوصف على الإطلاق^(٣) . دليلنا : أنها وارثة في أن يكون فعلاً ذلك ليتوصلا إلى إثبات حق يمنع منه بقاء النكاح ، فلهذا لم يصح ولا يلزم ما طابق الميراث لأنه لا يهتم فيه .

١٦٣٣ - مسألة : إذا أشار بالطلاق إلى ما لا ينفصل في حال السلامة كاليد ونحوه وقع ، وأما ما ينفصل في حال السلامة كالسن والظفر والشعر فلا ، وقال

(١) جاء في بدائع الصنائع : ٢٠٦٦/٤ : (وإن كان أحدهما في الصحة والآخر في المرض ، فإن التعليق في الصحة والشرط في المرض ، فإن كان بأمر سماوي بأن قال لها : إذا جاء رأس شهر كذا فأنت طالق ، فجاء وهو مريض ثم مات ، وهي في العدة لا ترث عند أصحابنا الثلاثة ، وعند زفر : ترث .

وإن كان بفعل نفسه ترث .. وإن كان بفعلها لا ترث) .

(٢) ما بين المعكوفين بياض في النسختين .

(٣) جاء في المغني : ١٩٩/٩ : (فإن أقر في مرضه أنه طلقها في صحته ثلاثاً ، لم يقبل إقراره عليها ، وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ... وقال الشافعي : يقبل إقراره .. ولنا : أنه إقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل ، كما لو أقر بماله) .

أبوحنيفة^(١): لا يقع إلا بخمسة أعضاء: الوجه، والرأس، والظهر، والرقبة، والفرج، وفي معناه الجزء الشائع بالربع والنصف ونحوها. وقال الشافعي: يقع في الجميع. دليلنا: أنه أشبه ما لا ينفع بالسلامة، أشبه الأعضاء الخمسة، ونخص أبا حنيفة أنه أضافه إلى ما ينفصل.

١٦٣٤ - مسألة: [.....]^(٢) يهدم ما دون الثلاث طلاقات^(٣)، وبه قال الشافعي بإحدى روايتيه وأبو حنيفة^(٤). دليلنا: أنه لم يحصل [.....]^(٥) في الإباحة فلا يهدم كوطء [.....]^(٦) وكان الطلاق به.

(١) جاء في بدائع الصنائع: ١٨٨٨/٤ وما بعدها: (وجملة الخلاف أنه إذا أضاف الطلاق إلى جزء جامع منها كالرأس والوجه والرقبة والفرج أنه يقع الطلاق، لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن، يقال: فلان يملك كذا وكذا رأساً من الرقيق، وكذلك الرقبة، قال تعالى: «أو تحرير رقبة».

واختلف فيما إذا أضاف الطلاق إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل والأصبع ونحوها... قال أصحابنا: لا يقع الطلاق، وقال رفر: يقع، وبه أخذ الشافعي). انظر: الكافي: ١٦٧/٣.

(٢) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٣) جاء في المغني: ٥٣٢/١٠: (وجملة ذلك أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها، لم يخل من ثلاثة أحوال: أحدهما: أن تنكح غيره ويصيبها، ثم يتزوجها الأول، فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم. قاله ابن المنذر. والثاني: أن يطلقها دون الثلاث، ثم تعود إليه برجعة، أو نكاح جديد قبل زوج ثان، فهذه ترجع إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه. والثالث: طلقها دون الثلاث، فقضت عدتها، ثم نكحت غيره، ثم تزوجها الأول، فعن أحمد روايتان، إحداهما: ترجع إليه على ما بقي من طلاقها، وبه قال مالك والشافعي. والرواية الثانية عن أحمد: ترجع إليه على طلاقات ثلاث، لأن وطء الزوج الثاني يهدم الطلاقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها).

(٤) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٥) جاء في اختلاف العلماء: ٤٠٩/٢: (قال أبو حنيفة، وأبو يوسف: إذا طلقها واحدة فعادت إليه بعد زوج أنها تعود على الثلاث، ويهدم الزوج الثاني ما وقع وإن كان دون الثلاث، وهو قول ابن عباس، وابن عمر، وقال محمد، ومالك، والشافعي: (هي عنده على ما بقي من الطلاق، وهو قول علي، وعمر، وابن مسعود).

(٦) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

١٦٣ - مسألة: الطلاق معتبر بالرجال^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣) في النساء. دليلنا: ما روى عبد الله بن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»^(٤)، ولأنه حق خاص للزوج فاعتبره بالزوج كعدد المنكوحات.

١٦٣ - مسألة: إذا قال لزوجته أنت طالق واحدة في اثنتين وقع طلقتان، وإن قال: اثنتين في اثنتين وقع الثلاث^(٥)، وقال أبو حنيفة في الأولى عليه، وفي الثانية طلقتان^(٦) دليلنا: أنه أوقع الطلاق بلفظ يتضمن العدد في الحساب فوجب أن يثبت ما تضمنه كقوله: أنت طالق طلقتان.

(١) الخلاف في اعتبار الطلاق بالنسبة إذا كان الزوجان مختلفين في الحرية والرق. فهل الاعتبار يكون بالرجال أم بالنساء؟ فذهب الأحناف ومن معهم إلى أن الطلاق معتبر بالنساء لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾، وقال الكاساني موضحاً وجه الدلالة بأن النص ورد في الحرة. بينما ذهب الشافعية ومن معهم إلى أن الطلاق معتبر بالرجال لقول الرسول ﷺ: «طلاق الأمة اثنتان وعدتها حيضتان».

(٢) جاء في معونة أولى النهي: ٥١٥/٧: (ويعتبر ملك عدده بالرجال على الأصح، روي ذلك عن عمر، وعثمان، وزيد، وابن عباس، وبه قال مالك، والشافعي، لأن الله خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبراً بهم، وعنه: أن الطلاق بالنساء، ويرى ذلك عن علي، وابن مسعود، وبه قال أبو حنيفة، لأن المرأة محل الطلاق فيعتبر بها كالعدد).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ١٧٨٥/٤: (قال أصحابنا - رحمهم الله -: يعتبر بحال المرأة ... وقال الشافعي: يعتبر بحال الرجل).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٣٦٩/٧-٣٧٠، والطبراني في المعجم الكبير: ٣٣٧/٩، وابن الجعد في مسنده: ص ١١٧.

(٥) جاء في المغني: ٥٣٩/١٠: (فإن قال: أنت طالق طلقة في اثنتين، أو واحدة في اثنتين، ونوى به ثلاثاً، فهي ثلاث، لأنه يعتبر بـ (في) عن (مع) .. فإن أقر بذلك على نفسه قبل، وإن قال: أردت واحدة قبل. وقال القاضي: إن كان عارفاً بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان، لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ).

(٦) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤١٠/٢: (قال أصحابنا: إن نوى الضرب والحساب فهي اثنتين، وإن نوى اثنتين مع اثنتين فهي ثلاث ... وقال زفر: إذا قال: أنت طالق واحدة في اثنتين فهي واحدة إن لم يكن له نية).

١٦٣٧ - مسألة: إذا اعترف بالحمل ثم علق طلاقها بالوضع فقالت قد وضعت وقع الطلاق^(١)، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع حتى يصدقها. دليلنا: أنه علق الطلاق في فرجها [.....]^(٢) الحيض، ولأنه حكم يتعلق بالوضع أشبه انقضاء العدة.

فصل: فإن لم يكن اعترف بالحمل، فادعت الوضع وأقامت بينه امرأة واحدة ثبت النسب والطلاق، وقال أبو حنيفة: لا يقع شيء، ووافقنا أصحابنا. دليلنا: أن وقوع الطلاق مما يتعلق بالولادة فهو كما ثبت بشاهد وامرأتين.

١٦٣٨ - مسألة: إذا قال: أنت طالق في غد، وقع بطلوع الفجر، فإن قال: أردت آخره قبل منه^(٣)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أصحابنا: لا يقبل. دليلنا: أنه جعل الغد ظرفاً لوقوع الطلاق فيه، وهذا لا يقتضي جميعه، كما لو قال: صمت في شعبان ولم يقتضى جميع الشهر، ولا يلزم إذا قال: أنت طالق غداً أنه يقع بأول خبر منه على احتمال، لأنه جعله صفة، فالصفة توجد بأول جزء منه، وهاهنا جعله ظرفاً.

١٦٣٩ - مسألة: إذا قال: أنت طالق إن لبست، ثم قال: نويت ثوباً دون ثوب^(٤) لم يدين في القضاء خلافاً لأبي يوسف. دليلنا: أنه لم ينو تخصيص اللبس

(١) جاء في الكافي: ٢٠١/٣: (ومتى ادعت الولادة فصدقها، أو ادعى هو ولادتها وأنكرته طلقت بإقراره، فإن ادعته المرأة فأنكرها، لم تطلق إلا ببينة، لأن هذا يمكن إقامة البينة بخلاف الحيض).

(٢) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٣) جاء في المغني: ٤٠٩/١٠: (ومتى جعل زمناً ظرفاً للطلاق، وقع الطلاق في أول جزء منه، مثل أن يقول: أنت طالق اليوم أو غداً، أو في سنة كذا.. فإن قال: أردت في آخره أو أوسطه قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى).

(٤) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٧٦/٣: (وإن قال لامرأته إن لبست ثوباً أو لم يقل ثوباً، بأن قال: إن لبست فأنت طالق، ونوى ثوباً معيناً قبل منه حكماً، لأن لفظه يحتمله وصدقه ممكن سواء كان حلفه بطلاق أم بغيره).

وإنما خصص الملبوس وذلك غير مَلْفُوظ به، فإذا نوى تخصيصه لم يصدق، وفارق هذا قوله : إن لبست ثوباً، ثم قال : أردت ثوباً دون ثوب، لأنه تلفظ بالملبوس، فلهذا صح تخصيصه.

١٦٤ - مسألة : إذا قال : إن كلمت زيداً وعمراً فأنت طالق، فكلمت أحدهما حنث [.....] ^(١) دليلنا : أنه منعها من كلامهما فحنث بكلام أحدهما كقوله : إن كلمت زيد فأنت طالق، وإن كلمت عمراً فأنت طالق.

١٦٤ - مسألة : إذا قال : أنت طالق أمس، أو قبل أن أتزوجك لم يقع الطلاق خلافاً لإحدى الروايتين ^(٢)، ولأبي حنيفة، والشافعي ^(٣)، وإنه يقع في الحال. دليلنا : أن الطلاق رفع الاستباحة والزوج لا يملك رفع إباحة ماضية، وإنما يملك في المستقبل، فهو كقوله لأجنبية أنت طالق.

١٦٤ - مسألة : إذا قال : أنت طالق واحدة قبل واحدة، أو قبلها واحدة ^(٤) [.....] ^(٥).

(١) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٢) جاء في الكافي: ١٦٣/٣ : (فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه، فلو قال: إن تزوجت فلانة أو امرأة، فهي طالق ثم تزوجها لم تطلق للخبر، ولأنه حل لقيد النكاح قبله فلم يصح، كما لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم تزوجها ... وعن أحمد: ما يدل على أنها تطلق إن تزوجها، لأنه يصح تعليقه على الشرط فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية. وجاء في ص ٢١٦ : (إذا قال: أنت طالق أمس، أو قبل أن أتزوجك لم يقع الطلاق. نص عليه، لأنه إضافة إلى زمن يستحيل وقوعه فيه فلم يقع).

(٣) جاء في المذهب: ٣٤٦/٤ : (إذا قال أنت طالق في الشهر الماضي، فالمنصوص أنها تطلق في الحال، وقال الربيع فيه قول آخر : أنها لا تطلق). راجع المجموع: ٢١١/١٦، ورضة الطالبين: ١٢٠/٨.

(٤) ذكر المصنف المسألة ولم يذكر حكمها، ولعله سهو من الناسخ .. وحكمها كما جاء في المغني: ٤٩٢/١٠ : (ولو قال: أنت طالق طلقة قبل طلقة، أو بعد طلقة، أو بعدها طلقة، أو طلقة فطلقة، أو طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة، وبالمدخول بها طلقتان .. وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة، فكذلك ذكره القاضي، وهذا ظاهر مذهب الشافعي).

(٥) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

١٦٤٣ - مسألة: إذا قال: أنت طالق واحدة أو لا شيء لم يقع، وبه قال أبو حنيفة، وقال أصحابه: تطلق واحدة، ووافقنا أنه لو قال أنت طالق أولاً لم يقع شيء^(١). دليلنا: أن واحدة صفة للتطبيق فيدخل حرف الشك على الموصوف وهي التطبيق، ألا ترى أنه لو استثنى رجع الاستثناء إلى الموصوف دون الصفة، كذلك هاهنا.

١٦٤٤ - مسألة: إذا قال لها أنت طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت طلقتين^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أصحابه: ثلاثاً. دليلنا: أن الغاية تدخل تارة في الكلام، وتارة لا تدخل فلا نثبتها بالشك.

١٦٤٥ - مسألة: إذا قال: أنت طالق قبل موت فلان بشهر ثم مات فلان لتمام شهر، وقع الطلاق عقيب اليمين^(٣)، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، وقال أصحابه بعد موت فلان. دليلنا: أنه لو قال: أنت طالق قبل مجيء شهر رمضان بشهر، ثم جاء رمضان وقع قبله، كذلك هاهنا.

١٦٤٦ - مسألة: إذا قال: أنت طالق كيف شئت، لم يقع^(٥) حتى تشاء، وقال

(١) جاء في الإنصاف: ٤٧١/٨: (وإن قال أنت طالق أولاً.. أو طلقة واحدة أولاً لم يقع. لو قال: أنت طالق أولاً، فالصحيح من المذهب أنه لا يقع، وعليه الأصحاب).

(٢) جاء في المعنى: ٥٣٩/١٠: (وإن قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، وقع طلقتان، وبهذا قال أبو حنيفة، لأن ما بعد الغاية لا يدخل فيها...)

وقال زفر: يقع طلقة، لأن ابتداء الغاية ليس منها... وقال أبو يوسف، ومحمد: يقع الثلاث). (٣) جاء في الكافي: ٢١٧/٣: (وإن قال أنت طالق قبل قدوم أخي بشهر، أو قبل موتي بشهر، فقدم أخوه أو مات مع مجيء الشهر أو قبله، لم تطلق، لأنه زمن ماض، وإن قدم أو مات بعد مضي شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبين أنه وقع في ذلك الجزء قبل الشهر).

(٤) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٤٦/٢: (قال أبو حنيفة: إذا عاش فلان شهراً ثم مات، طلقت قبل ذلك بشهر، وكذلك قول زفر).

(٥) جاء في المغني: ٤٦٧/١٠: (فإن قال: أنت طالق إن شئت، أو إذا شئت، أو متى شئت، أو كلما شئت، أو كيف شئت، أو حيث شئت، أو أنى شئت لم تطلق حتى تشاء وتنطق بالمشيئة بلسانها، فنقول قد شئت، لأن ما في القلوب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان. فتعلق الحكم به دون ما في القلب، فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع الطلاق).

أبوحنيفة : يقع بالحال، ووافقنا صاحباه. دليلنا : أنه علقه بالمشيئة، فهو كقوله :
لم شئت، وحيث شئت.

١٦٤ - مسألة : إذا طلقها طلقة رجعية، ثم جعلها ثلاثاً، أو بائناً لم تكن إلا رجعية^(١)، وبه قال محمد، وقال أبو حنيفة : يكون كما جعلها، وقال أبو يوسف في الثلاث كقولنا، وفي البائن كقول صاحبه. دليلنا : أن مما لا يلحقه الفسخ أشبه إذا جعل البائن رجعية.

١٦٤ - مسألة : إذا قال : إن كنت تحبين النار وتكرهين الجنة فأنت طالق، فقالت : أنا كذلك، حنثت خلافاً لمحمد. دليلنا : أن الاعتبار بما في لسانها لا بما في ظنها، ولهذا لو كان في قلبها محبة النار وكراهة الجنة لم يحنث قبل النطق، فدل على أن الاعتبار به.

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٣٧/٣ : (وقوله لها: أنت طالق واحدة، أو طالق واحدة بائة: أو طالق واحدة بته، أو واحدة تملكي بها نفسك ولا عوض فواحدة رجعية في مدخول بها ولو نوى أكثر من واحدة لوصفها بواحدة، والأصل فيها أن تكون رجعية).

كتاب الرجعة^(١)

١٦٤٩ - مسألة: الرجعية مباحة^(٢) لزوجها، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لإحدى

الروایتين، ولأكثرهم. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾^(٣) الآية، فسماه بعلاً فلا تكون محرمة، ولأنه طلاق لا يزيل الملك أشبهه المعلق بشرط.

فصل: وتحصل الرجعة بالوطء^(٤)، وبه قال أبو حنيفة^(٥) ومالك - إلا أن مالكا

(١) الرجعة، بفتح الراء وكسرهما، والفتح فيه أفصح عند الجوهري، والكسر أكثر عند الأزهري. وهي لغة: المزه من الرجوع، وهي مراجعة الرجل أهله. انظر: المصباح المنير مادة (رجع). وشرعاً: عرفها الحنابلة بأنها: (إعادة مطلقة طلاقاً غير بائن إلى ما كانت عليه قبل الطلاق بغير عقد نكاح.

وعرفها الأحناف بأنها: عبارة عن استدامة الملك القائم في العدة بنحو راجعتك. وعرفها الشافعية بأنها: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص. انظر: شرح منتهى الإرادات: ١٨٢/٣، وتحفة الفقهاء: ٢٦١/٢، ومغني المحتاج: ٣٣٥/٣، وروضة الطالبين: ٢١٤/٨.

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٨٢/٣: (أجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق دون الثلاث والعبد دون الاثنين أن لهما الرجعة في العدة، لأن الرجعة إمساك وهو يملكه لا وليه). انظر: الكافي: ٢٢٩/٣.

(٣) سورة البقرة: الآية رقم: ٢٢٨.

(٤) اختلف الفقهاء: هل تثبت الرجعة بالفعل أم لا؟ .. ذهب الحنفية والحنابلة أن الرجعة تثبت بالقول وبالفعل - يعني إذا طلقها طلاقاً رجعيّاً ثم إذا وطأها أو باشرها يصير مراجعاً، لأن الفعل أقوى من القول، لأن الظاهر في حال المسلم أنه لا يطأ إلا أمرأته. بينما يرى الشافعية: أن الرجعة لا تكون إلا بالقول، ولا تحصل بالفعل، لأن الرجعة أقيمت مقام النكاح لما فيه من استباحة الوطء .. ثم إن النكاح لا يثبت إلا بالقول، فكذلك الرجعة وجب أن لا تثبت إلا بالقول).

(٥) جاء في المغني: ٥٥٩/١٠: (وظاهر كلام الخرقى، أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول، وهذا مذهب الشافعي، لأنها استباحة بصنع مقصود أمر بالإشهاد فيه، فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح وهذه إحدى الروايتين عن أحمد. والرواية الثانية: تحصل الرجعة بالوطء سواء نوى به الرجعة أو لم ينو. اختارها ابن حامد، والقاضي، وأصحاب الرأي).

يعتبر فيه النية، وقال الشافعي^(١) : لا تحصل به الرجعة، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنها مدة هو مخير بين قطعها وتركها، أشبه مدة خيار البيع والإيلاء، وإذا نوى على ملك، وكلما حصل به الرجعة مع النية حصل به مع عدمها كالقول إن سلمه.

١٦٥ - مسألة: الإشهاد ليس بشرط في الرجعة^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروايتين وإحدى القولين للشافعي^(٣). دليلنا: أنه عقد ليس من شرطه الولي والمهر، أشبه البيع والإجارة وعكسه النكاح.

فصل: فإن وطء الرجعية في مدة العدة فلا مهر عليه [.....]^(٤)

١٦٥ - مسألة: إصابة الزوج الثاني شرط في إباحة المطلقة ثلاثاً^(٥)، وبه قال أكثرهم^(٦) خلافاً لما حكى عن سعيد بن المسيب وداود. دليلنا: ما روت عائشة أن زوجة رفاعة لما شكت إلى النبي ﷺ عبد الرحمن بن الزبير وقالت: إن معه

(١) جاء في المذهب: ٣٧٦/٤: (ولا تصح الرجعة إلا بالقول، فإن وطئها لم يكن ذلك رجعة لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول فلم يصح بالفعل مع القدرة كالنكاح)
(٢) جاء في الكافي: ٢٢٨/٣: (وهل تفتقر الرجعة إلى إشهاد؟.. فيه روايتان، إحداهما: تفتقر إلى الإشهاد، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾، وظاهر الأمر للوجوب، ولأنه استباحة بضع مقصود، أشبه النكاح. والثانية: لا يجب، لأنه إمساك لا يفتقر إلى رضی المرأة أشبه التكفير في الظهار).

(٣) جاء في المذهب: ٣٧٧/٤: (وهل يجب الإشهاد على الرجعة؟.. فيه قولان ...).

(٤) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٥) جاء في الكافي: ٢٣٤/٣: (إذا طلق الحر زوجته ثلاثاً لا تحل للأول إلا بشرطين: الشرط الأول: نكاح زوج غيره لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾).

الشرط الثاني: أن يطأها الزوج في الفرج، وأدناه تغييب الحشفة مع الانتشاء ...)
(٦) جاء في المذهب: ٣٨١/٤: (ولا تحل إلا بالوطء في الفرج، فإن وطئها فيما دون الفرج أو وطئها في الموضع المكروه لم تحل، لأن النبي ﷺ علق على ذوق العسيلة، وذلك لا يحصل إلا بالوطء في الفرج، وأدنى الوطء تغييب الحشفة في الفرج).

شيء كهدبة^(١) الثوب، قال لها: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعه، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»^(٢)، ولأنه إنما شرط الزوج تغليظاً على المطلق ثلاثاً، فإذا لم توجد الإصابة لم يوجد هذا المعنى.

١٦٥٢ - مسألة: لا تحصل الإباحة للزوج الأول إذا كان الثاني قد وطئها بنكاح فاسد^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحد قولي الشافعي. دليلنا: أنه وطء لم يوجبه عقد أشبه وطء السيد لأمته وفي الموضع المكروه.

فصل: ولا تحصل بالوطء في الحيض والصيام والإحرام، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم.^(٤) دليلنا: ما تقدم، ولأنه وطء محرم بحق الله لمعنى في أحد الواطئين، فهو كالمرتدة والمنكحة نكاحاً فاسداً.

فصل: ويحصل بوطء الصبي، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك. دليلنا: أنه وطء ممن يجامع مثله فهو كالبالغ.

فصل: والذمي يبيح الذمية لمسلم، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك، وهذا مبني على أن أنكحتهم صحيحة وعندهم بخلافه.

(١) هدبة: أرادت متاعه وأنه رخو مثل طرف الثوب لا يغني عنها شيئاً. انظر: النهاية في غريب الأثر: ٢٤٩/٥.

(٢) أخرجه البخاري: ٩٣٣/٢، ومسلم: ٢/١٠، وأحمد: ٣٤/٦.

(٣) جاء في المغني: ٥٤٩/١٠: (ويشترط لحل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول ثلاثة شروط:

أ - أن تنكح زوجاً غيره لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾.

ب - أن يكون النكاح صحيحاً، فإن كان فاسداً لم يحلها الوطء فيه.

ج - أن يطأها في الفرج.

(٤) جاء في كشف القناع: ٣٥٠/٥: (ولا يحلها وطء السيد إن كانت أمة أو الوطء في الدبر، أو في حيض، أو نفاس، أو إحرام منهما، أو صوم فرض، لأنه وطء حرم لحق الله، فلم يحلها كالوطء في النكاح الباطل).

١٦٥٣ - مسألة : إذا قال زوج الأمة ارتجعتها قبل انقضاء عدتها وصدقه المولى وكذبت الزوجة فالقول قولها^(١)، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال صاحباه^(٢) : القول قول المولى. دليلنا : أنها لو قالت : انقضت عدتي وكذباها، كان القول قولها، كذلك هاهنا.

(١) جاء في المغني : ٥٦٩/١٠ وما بعدها : (وإن ادعى زوج الأمة أنه كان راجعها في عدتها، فكذبت وصدقه مولاها، فالقول قولها. نص عليه أحمد، وبذلك قال أبو حنيفة، ومالك، وقال أبو يوسف ومحمد : القول قول الزوج، وهو أحق بها، لأن إقرار مولاها مقبول في نكاحها فقبل قوله في رجعتها كالحررة إذا أقرت).

(٢) جاء في الميسوط : ٢٤/٦ وما بعدها : (وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة، وصدقه المولى، وكذبت الأمة، فالقول قولها في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد - رحمها الله - القول قول الزوج، لأن بضعها مملوك للمولى، وينزل المولى فيها منزلة الحررة من نفسها حتى يصح تزويجه إياها وإقراره بالنكاح عليها، فكذا إقراره بالرجعة بمنزلة إقرار الحررة على نفسها به).

كتاب الإيلاء^(١)

١٦٥٤ - مسألة : لا يقع الطلاق بمضي مدة الإيلاء^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا : أنها مدة شرعية لم يتقدمها فرقة فلا يتعقبها بينونة كمدة العنة، وفيه احتراز من العدة والطلاق المعلق بشرط، ولأنها مدة ضربت لزوال الضرر بفقد الاستمتاع فلا يقع بانقضائها طلاق أصله ما ذكرنا.

١٦٥٥ - مسألة : إذا كانت اليمين لا تزيد عن أربعة أشهر لم يكن مولياً^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٥). دليلنا : أن يمينه لا تبقى بعد أربعة أشهر، أشبه إذا كانت لا تبلغ أربعة أشهر.

(١) الإيلاء : مصدر آلى يؤلى إيلاء إذا حلف فهو مؤل، ومنه قوله تعالى : ﴿ ولا يأتل أولوا الفضل منكم ﴾. قال الشاعر :

وأكذب ما يكون أبو المثنى . . . إذا آلى يميناً بالطلاق

وقد كان طلاقاً في الجاهلية، فغير الشرع حكمه مع عدم استعماله أول الإسلام، وخصه بالحلف عن الامتناع من وطء الزوجة مطلقاً، أو أكثر من أربعة أشهر.

وهو في الشرع : حلف زوج يمكنه الوطء بالله تعالى، أو صفة من صفاته تعالى علي ترك وطء زوجته الممكن جماعها من قبل أبداً، أو يطلق، أو فوق أربعة أشهر). انظر: معونة أولى النهي : ٦٧٧/٧، ومغني المحتاج : ٣/٣٤٣.

(٢) جاء في المغني : ٣٠/١١ : (وجملة ذلك أن المولى يتريص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى، ولا يطالب بالوطء فيهن، فإذا مضت أربعة أشهر، ورافقته امرأته إلى الحاكم، وقفه وأمره بالفيئة، فإن أبى أمره بالطلاق، ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة)

(٣) جاء في تحفة الفقهاء : ٢/٢٠٥ : (إذا ثبت هذا، فإذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين، ولم يقربها : تقع طلاقه بآئنة عندها).

وعند الشافعي : يخير الزوج بين أن يطأها وبين أن يطلقها، فإن لم يفعل، يفرق القاضي بينهما).

(٤) جاء في الكافي : ٢٤١/٣ : (ويشترط لصحة الإيلاء أربعة شروط ...

الشرط الرابع : أن يحلف على مدة تزيد على أربعة أشهر، فإن حلف على أربعة فما دونها، لم يكن مولياً حراً أو عبداً، لقوله تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ البقرة ٢٧٦، فدل على أنه لا يكون مولياً دونها ..).

(٥) جاء في بدائع الصنائع : ١٩٦٣/٤ : (أن الفء يجب أن يكون في المدة عندنا، لأن الله جعل مدة التريص أربعة أشهر، والوقف يوجب الزيادة).

١٦٥٦ - مسألة: طلاق المولى رجعي، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة: طلاقه بائنة^(٢). دليلنا: أنه طلاق لمدخول بها من غير عوض ولا استيفاء عدد، فهو كقوله أنت طالق.

فصل: فإن راجعها وقد بقي من مدة اليمين أكثر من أربعة أشهر فهو مولى وتضرب له المدة وولأوه ورجعته معتبرة بالوطء، فإن وطء وإلا بانت بانقضاء العدة. دليلنا: أنه إنما ضربت المدة في الأصل، لأنه ممتنع من وطئها بيمين لا يمكنه الفيئة إلا بضرر يلحقه، وهذا موجود هاهنا.

١٦٥٧ - مسألة: إذا امتنع المولى من الطلاق طلق الحاكم عليه^(٣)، وبه قال مالك^(٤)، وفيه رواية أخرى: يضيق الحاكم عليه حتى يطلق، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٥). دليلنا: أنها مدة ضربت للفرقة فكان للحاكم مدخلاً فيها كالمدة للعنة، وعكسه العدة لأنها ليست للفرقة.

فصل: ويملك الحاكم الطالقة والثلاث والفسخ^(٦) خلافاً للشافعي في قوله:

- (١) جاء في المغني: ٤٦/١١: (والطلاق الواجب على المولى رجعي، سواء أوقعه بنفسه، أو أطلق الحاكم عليه، وبهذا قال الشافعي... وعن أحمد رواية ثانية: إن فرقه الحاكم تكون بائناً).
- (٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٠٥/٢: (فإذا وقعت تطليقة بائنة بمضي أربعة أشهر).
- (٣) جاء في المغني: ٤٦/١١: (وجملة الأمر أن المولى إذا امتنع من الفيئة بعد التبرص... أمر بالطلاق، فإن طلق وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة أو أكثر، وليس للحاكم إجباره على أكثر من واحدة.. فإن امتنع عن الطلاق طلق عليه الحاكم، وبهذا قال مالك.. وعن أحمد رواية أخرى: ليس للحاكم الطلاق عليه، لأن ما خير الزوج بين أمرين لم يقيم الحاكم مقامه فيه).
- (٤) جاء في الشرح الكبير للدردير: ٤٣٦/٣: (فالحاصل أنه يؤمر بعد الأجل بالفيئة، فإن امتنع منها، أمر بالطلاق، فإن امتنع طلق عليه الحاكم، أو جماعة المسلمين عند عدمه).
- (٥) جاء في المذهب: ٤٠٤/٤: (فإن امتنع ولم يف ولم يطلق، ففيه قولان: قال في «القديم»: لا يطلق عليه الحاكم لقوله ﷺ: «الطلاق لمن أخذ بالساق»، وقال في «الجديد»: يطلق الحاكم عليه).

(٦) جاء في المغني: ٤٧/١١: (وجملة الأمر أن المولى إذا امتنع من الفيئة والطلاق معاً، أو قام الحاكم مقامه، فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى، وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة، وإن شاء ثلاثاً، وإن شاء فسخ).

لا يملك إلا طلبة رجعية. دليلنا: أنها فرقة ملكها الحاكم لرفع الضرر، فملك بها الفسخ، دليله في حق العنين، ولأن الحاكم يقوم مقام الزوج وذلك يملك الثلاث، كذلك من قام مقامه.

١٦٥٨ - مسألة: إذا حلف بغير الله لم يكن مولياً^(١) نحو الطلاق، والعتاق، وصدقة المال، وبه قال الشافعي في القديم، وقال في الجديد: يكون مولياً، وبه قال أكثرهم، وعن أحمد نحوه - إلا أن أبا بكر عبدالعزيز يقول: كل يمين مكفرة يكون بها مولياً. دليلنا: أنه منع نفسه من وطئها بيمين بغير الله ولا صفة من صفاته، أشبه إذا قال هو يهودي، أو نصراني، أو حلف بالنبي، ولأنها يمين تسقط حق الزوجة من الوطء فاختصت بأسمائه وصفاته كاللعان.

١٦٥٩ - مسألة: تجب الكفارة على المولى بالفئ^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي في القديم.^(٣) دليلنا: أنها مدة لو منع فيها نفسه من كلامها ثم حنث لزمه كفارة، كذلك من وطئها كبن الأربعة أشهر.

١٦٦٠ - مسألة: مدة الإيلاء في حق الرقيق والأحرار سواء^(٤)، وبه قال الشافعي،

(١) جاء في الكافي: ٢٣٤/٣: (فإن حلف بالله تعالى، أو بصفة من صفاته كان مولياً بغير خلاف، وإن حلف بالطلاق أو العتاق، أو الظهار، أو صدقة المال ونحوه ففيه روايتان: إحداهما: لا يكون مولياً. والثانية: يكون مولياً).

(٢) جاء في الكافي: ٢٤٨/٣: (وإذا وطئ لزمته الكفارة، لقول النبي ﷺ: «من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها، فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه»). متفق عليه.

(٣) جاء في المذهب: ٤٠١/٤: (فإن وطئها في الفرج، فإن كانت اليمين بالله تعالى .. فهل تلزمه الكفارة ..؟ فيه قولان: قال في القديم: لا تلزمه لقوله عز وجل: ﴿فإن الله غفور رحيم﴾ فعلق المغفرة بالفيئة، فدل على أنه قد استغنى عن الكفارة .. وقال في الجديد: تلزمه الكفارة، وهو الصحيح).

(٤) جاء في المغني: ٣٠/١١: (ومدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد، والمسلمين، وأهل الذمة سواء، ولا فرق بين الحرة والأمة ... في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي، وعن أحمد في رواية أخرى: أن مدة إيلاء العبد شهران، وهو اختيار أبي بكر).

وفيه رواية أخرى : على النصف، وقال أبو حنيفة^(١) : الإعتبار في تنصيفها برق النساء خاصة، قال مالك^(٢) : بعكسه - يعني بالرجال -.. دليلنا : أنها مدة يرفعها الوطء بكل حال أشبه مدة العنة، ولأنها مدة تتعلق باليمين أشبه قوله : إذا مضت أربعة أشهر فأنث طالق.

١٦٦٠ - مسألة : إيلاء الكافر صحيح^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك^(٤)، وفائدته : أنه إذا أسلم وقف لها وكان عليه كفارة الحنث. دليلنا : أن يمينه ينعقد بالله فصح إيلائه كالمسلم ونريد به إذا حلف لإسقاط الدعاوى.

١٦٦٢ - مسألة : إذا آلى من أجنبية ثم تزوجها لم تضرب له المدة^(٥) على المنصوص عنه، وبه قال أكثرهم، وقال مالك : تضرب، وقد قال أحمد في الظهار : يصح قبل النكاح، لأنه يمين فيخرج على هذا التعليل صحة الإيلاء.

(١) جاء في المبسوط : ٣٣/٧ : (وإيلاء الحرة أربعة أشهر تحت حر كانت أو تحت عبد لقوله تعالى : ﴿ تَرِيصَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾، واللذين يتناول الأحرار والعبيد... وإيلاء الأمة شهران عندنا، وعلى قول الشافعي : أربعة أشهر لظاهر الآية).

(٢) جاء في بداية المجتهد : ١٤٦/٣ : (وأما إيلاء العبد، فإن مالكا قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه... وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة).

وجاء في المدونة : ٣٥١/٢ : (فأجل إيلائه شهران وإنما ينظر في هذا إلى آجال الرجال).
(٣) جاء في المدونة : ٣٣٣/٧ : (أن يكون من زوج يمكنه الجماع، وتلزمه الكفارة بالحنث مسلماً كان أو كافراً، حراً أو عبداً...).

(٤) جاء في الشرح الكبير للدردير : ٤٢٦/٣ : (باب الإيلاء يمين .. زوج مسلم ولو عبداً، وأن يكون مكلفاً لا صبي ولا مجنون، فلا ينعقد لهما إيلاء كالكافر)
وجاء في حاشية الدسوقي : (ودليله قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاوَعَا فَإِنَّ اللَّهَ غَضُورٌ عَلَيْهِ ﴾، فإن الكافر لا تحصل له مغفرة ولا رحمة بالفيئة).

(٥) جاء في المغني : ٢٣/١١ : (وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن مولياً لذلك، وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور ... وقال مالك : يصير مولياً إذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر، لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء فكان مولياً).

دليلنا: أن الإيلاء هو أن يقصد الضرر بتأخير الوطء وهذا معدوم هاهنا، كما لو خصَّ الوطء بموضع دون موضع ولا يلزم الظهار لأنه قول المنكر وهو موجود.

١٦٦٣ - مسألة: إذا امتنع من وطئها بقصد الإضرار بها من غير يمين ضربت له المدة^(١)، وبه قال مالك خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه ممتنع من وطء زوجته زيادة على أربعة أشهر مع قصد الإضرار وانتفاء الأعذار فضربت له المدة كالممتنع بيمين.

١٦٦٤ - مسألة: إذا آلى من الرجعية فالمدة من حين اليمين^(٢)، وبه قال أبوحنيفة، وقال الشافعي: من حين الرجعة، وهكذا إن قدم الإيلاء ثم طلقها احتسب بمدة العدة من مدة الإيلاء، وعندهم لا يحتسب بالزمان الذي قبل الرجعة. دليلنا: أن مدة العدة يملك فيها بضعها أو يلحقها طلاقه، أشبه ما بعد زمان العدة.

فصل: ويحتسب بزمان النشوز، والسفر، والمرض، والصغر من مدة الإيلاء، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أن الناشز يمكن ردها بالحكم، وكذلك الغائبة، والمحبوسة فصار كمدة المحصورة، والأشبه أن يقال أن لم يمكنه إلا بهذا الفعل أمكنه بالقول فيجب أن لا يسقط اعتبارها كما لو كان مريضاً.

١٦٦٥ - مسألة: يصح إيلاء المجهول^(٣) ويفي بالقول، وبه قال أبو حنيفة خلافاً

(١) جاء في كشف القناع: ٣٥٣/٥: (وإن ترك الزوج الوطء مضرراً بها من غير عذر لأحدهما ضربت له مدته أربعة أشهر وحكم له بحكمه - أي الإيلاء، لأنه تارك لوطئها ضرراً بها أشبه المولى).

(٢) جاء في المغني: ٤٩/١١: (فإن طلق دون الثلاث فراجعها في عدتها، فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق، ولا يحتسب عليه بما قبل الرجعة من المدة، فإن راجع، استؤنفت المدة من حين رجوعه، وهذا مذهب الشافعي، وليقتضى مذهب أبي عبد الله ابن حامد أنه إذا طلق استؤنفت المدة).

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٨٩/٣: (وترتب حكم الإيلاء مع خصاء زوج - أي قطع خصتيه دون ذكره، ومع جب - أي قطع بعض الذكر إن بقي منه ما يمكنه الجماع به).

لمالك^(١) والشافعي^(٢) في أحد قوليه. دليلنا: أنه يصح طلاقه أشبه غير المجبوب، ولأن العجز عن النية لا يمنع صحة الإيلاء كما لو كان بينهما مسافة لا يمكن قطعها في مدة الإيلاء.

١٦٦٦ - مسألة: إذا وجدت الفينة من المريض بالقول ثم برئ لم يلزمه الفينة^(٣) بالوطء، وبه قال أبو حنيفة، وهو اختيار أبي بكر، وفيه رواية أخرى: يطالب بالوطء، وهي اختيار الخرقي، وبه قال الشافعي. دليلنا: أن الفينة بالقول أقيمت مقام الوطء عند العجز، فيجب أن تقوم مقامه في الحكم المختص به كالتيتم مع الماء.

١٦٦٧ - مسألة: إذا قال لأربع زوجاته والله لأوطئنكم بكلمة واحدة كان مولياً، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، وقال الشافعي: لا يكون مولياً حتى يطء ثلاثة منهن.^(٥) دليلنا: أنه منع نفسه بيمين بالله مطلقاً، أشبه إذا قال: والله لا وطئت كل واحدة منكن.

(١) جاء في السرح الكبير للدر: ٤٢٦/٣: (وخرج المجبوب والخصي والشيخ الفاني ونحوهم) (٢) وقال الدرني عن الشافعي: إذا آلى المجبوب ففينة باللسان، قال: وقال في الإملاء لا إيلاء على المجبوب. انظر: مختصر المزني: ص ١٩٨، وجاء في روضة الطالبين: ٢٣٠/٨: (ويصح إيلاء المريض والخصي ومن بقي من ذكره قدر حشفة).

(٣) جاء في المغني: ٤٢/١١: (وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة، وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض، أو حبس بغير حق، أو غيره، لزمه أن يفي بلسانه، فيقول: متى قدرت جامعتهما، أو نحو ذلك، وممن قال: يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود، وجابر بن زيد، وأصحاب الرأي.

وقال سعيد بن جبير: لا يكون الفئ إلا بالجماع).

(٤) جاء في الكافي: ٢٤٤/٣: (وإن قال لأربع نسوة: والله لا أطأكن، انبنى على أصل، وهو هل يحنث بفعل بعض المحلوف عليه أم لا..؟ فيه روايتان، إحداهما: يحنث، فيكون مولياً في الحال منهن، لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا يحنث).

(٥) جاء في روضة الطالبين: ٢٢٧/٨: (فإذا قال لأربع نسوة والله لا أجامعكن لم يحنث إلا بجماعهن كلهن، وإذا وطئن، لزمه كفارة واحدة، لأن اليمين واحدة، ولو مات بعضهن قبل الوطء انحلت اليمين، لأنه تحقق امتناع الحنث).

١٦٦٨ - مسألة : إذا قال والله لا لمستك، ولا باشرتك، ولا لمستك ولا باضعتك، ولا أصبتك، ولا غشيتك، ولا افترشتك، ولا أفضيت إليك، ولا آتيتك، ولا قربتك فهو صريح في الإيلاء^(١)، وقال الشافعي : كناية^(٢) دليلنا : أنه إن كان يحتمل إلا أنه قد ثبت له أحد العرفين وهو عرف الشرع في أن المراد به الجماع، ومنه قوله تعالى : ﴿ فلما تغشاها حملت حملاً خفيفاً ﴾^(٣)، وقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾^(٤)، وقوله : ﴿ أتأتون الذكران من العالمين ﴾^(٥)، وقوله : ﴿ وتأتون في ناديك المنكر ﴾^(٦).

وقال ابن عباس : المولى الذي يحلف لا يأتي امرأته أبداً، وعن ابن عمر قال : هو الذي يحلف لا يقرب امرأته ، وهكذا ذكر البضع عبارة عن الفرج، أشبه قوله : والله لا وطئتك، ولا جامعتك، ولا أصبتك.

١٦٦٩ - مسألة : إذا حلف لا يطأها حتى تفتطم ولداها وكان قد بقي من المدة

(١) جاء في الكافي : ٢٤٠/٣ : (والقسم الثاني : صريحة في الحكم، ويدين فيها وهي عشرة ألفاظ : لا وطئتك، لا جامعتك، لا أصبتك، لا باشرتك، لا لمستك، لا قربتك، لا آتيتك... الخ، فهذه صريحة في الحكم، لأنها تستعمل في الوطء عرفاً، وقد ورد الكتاب والسنة ببعضها، فلا يقبل تفسيرها بما يحمله كوطء القدم...).

(٢) جاء في المذهب : ٣٨٩/٤ : (وإن قال : والله لا باشرتك، أو لا لمستك، أو لا أفضي إليك، ففيه قولان :

قال في القديم : هو مول، لأنه ورد به القرآن بهذه الألفاظ، والمراد به الوطء، فإن نوى به غير الوطء دين، لأنه يحتمل ما يدعيه.

وقال في الجديد : لا يكون مولياً إلا بالنية، لأنه مشترك بين الوطء وغيره، فلم يحمل على الوطء من غير نية).

(٣) سورة الأعراف : الآية رقم : ١٨٩.

(٤) سورة البقرة : الآية رقم : ٢٢٢.

(٥) سورة الشعراء : الآية رقم : ١٦٥.

(٦) سورة العنكبوت : الآية رقم : ٢٩.

أكثر من أربعة أشهر فهو مولى. وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لما لك. دليلنا: أنه منع نفسه من جماعها قبل الفطام، أشبه إذا علقه بفطام أجنبية.

(١) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٧٦/٢: (فيمن قال: لا أقربك حتى تفطمي ابنك ..

قال أصحابنا: إذا كان بينه وبين الفطام أربعة أشهر فهو مولى.

وقال مالك: لا يكون مولياً، لأنه هذا ليس على وجه الضرر، وإنما أراد صلاح ولده).

وجاء في المبسوط: ٣٧/٧: (ولو حلف لا يقربها حتى تفطم صبيّاً لها، وبينه وبين الفطام أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً، لأنه يتحقق منه أن يقربها بعد الفطام في المدة من غير أن يلزمه شيء).

وجاء في الحاوي: ٢٦٤/١٣: (القسم الخامس: ما يختلف باختلاف إرادته كقوله: والله لأصبتك حتى تفطمي ولدك، فإن أراد قطع الرضاع لم يكن به مولياً، لأنه يمكنها قطعه في الحال .. وإن أراد به مدة رضاع الحولين نظر في الباقي، فإن كان أكثر من أربعة أشهر كان مولياً، وإن كان أقل لم يكن مولياً).

كتاب الظهار^(١)

١٦٧٠ - مسألة: يصح ظهار الذمي^(٢)، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم^(٣).

دليلنا: أن كل زوج صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم، ولأنه حكم من أحكام النكاح فاستوى فيه الذمي والمسلم كالاستباحة والنفقة.

١٦٧١ - مسألة: لا يصح ظهار السيد من أمته، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً

لمالك. دليلنا: أن ملك اليمين لا يؤثر التحريم في ابتدائه، بمعنى أنه يبتاع ذا الرحم المحرم، ومن يحرم عليه برضاع فيجب أن لا يؤثر في استدامته، وعكسه النكاح.

١٦٧٢ - مسألة: إذا ظاهر من جماعة نسائه بكلمة واحدة، فعليه كفارة بكل

حال^(٥)، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة والشافعي^(٦) في الجديد: عليه كفارات،

(١) الظهار: مصدر ظاهر الرجل إذا قال لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي، وهو مأخوذ من الظهر - أي ظهره محرم عليّ كظهر أمي، وخص الظهر لاختصاصه بالركوب، وقد كان طلاقاً في الجاهلية لا رجعة بعده.

(٢) جاء في الكافي: ٢٥٥/٣: (ويصح ظهار الذمي، لأنه مكلف يصح طلاقه فصح ظهاره كالمسلم) انظر: الحاوي: ٣١٧/١٣.

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٢١٣/٢: (وأما شرائط صحة الظهار منها أن يكون مسلماً).

(٤) جاء في المغني: ٥٦/١١: (وكل زوج صح طلاقه صح ظهاره، وهو البالغ العاقل، سواء كان مسلماً، أو كافراً، حراً أو عبداً).

(٥) جاء في المغني: ٧٨/١١: (وجملته أنه إذا ظاهر من نسائه الأربع بلفظ واحد، فقال: أنتن عليّ كظهر أمي، فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في المذهب، وهو قول عليّ وعمر ومالك والشافعي في القديم.. وقال الحسن والنخعي والشافعي في الجديد: عليه لكل امرأة كفارة، لأنه وجد الظهار، والعود في حق كل امرأة منهن).

(٦) جاء في حلية العلاء: ٩/٢: (فإن تظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة لزمه أربع كفارات في أصح القولين، وهو قول أبي حنيفة.. وقال في القديم: يجب عليه كفارة واحدة).

وعن أحمد رواية : الفرق بين المجلس والمجالس والأول أظهر وجه الأولى : أنها كلمة يجب بمخالفتها كفارة أشبه قوله : والله لا أطأكن، أو يقول : منع نفسه من قربانهن بكلمة أشبه ما ذكرنا .

١٦٧٣ - مسألة : إذا ظاهر من إحدى نساءه، ثم قال للآخرى : وأنت علي مثلها، أو كهي أو شريكها كان مظاهراً^(١)، وبه قال مالك ، وقال الشافعي : لا يكون مظاهراً إلا أن ينوي.^(٢) دليلنا : أنها أحد الزوجتين المشتركتين في هذه اليمين أشبه الأولى.

١٦٧٤ - مسألة : إذا كرر الظهار في حق امرأة واحدة فكفارة واحدة، وهو اختيار الخرقى^(٣) وأبي بكر، وقال أبو حنيفة : كفارات. وقال مالك : إن نوى الاستئناف فكفارات.^(٤) وقال الشافعي : إن نوى الاستئناف فكفارات وإن أطلق فعلى

(١) جاء في المغني : ٨٠/١١ : (إذا ظاهر من امرأة، ثم قال لأخرى اشركتك معها، أو أنت شريكها، أو كهي، ونوى المظاهرة من الثانية، صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه، وبه يقول مالك والشافعي، وإن أطلق صار مظاهراً أيضاً إن كان عقيب مظاهرتة من الأولى .. وقال أبو الخطاب : ويحتمل أن يكون مظاهراً، وبه قال الشافعي).

(٢) جاء في حلية العلماء : ٩٥٧/٢ : (فإذا قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي، ثم قال لأخرى : اشركتك معها، ونوى به الظهار كان مظاهراً عنها، وإن لم ينو لم يكن مظاهراً. وقال مالك وأحمد : يكون مظاهراً بكل حال).

(٣) جاء في الكافي : ٢٦١/٣ : (وإن ظاهر من امرأة مراراً ولم يكفر، فكفارة واحدة في ظاهر المذهب، لأن اليمين الثانية لم تؤثر تحريماً في الزوجة، فلم يجب بها كفارة الظهار كاليمين بالله. وعن أحمد ما يدل على إن نوى بالثانية الاستئناف، وجب بها كفارة ثانية، لأنه قول يوجب تحريماً في الزوجة والمذهب الأول .. وإن كفر عن الأولى فعليه للثانية كفارة واحدة).

(٤) جاء في المدونة الكبرى : ٣١١/٢ : (قلت : أرأيت إن قال لامرأته أنت علي كظهر أمي، أنت علي كظهر أمي .. قال لها ذلك مراراً ؟ قال : قال مالك : إن كان ذلك في شيء واحد مثل ما يقول الرجل أنت علي كظهر أمي مراراً، قال مالك : ليس عليه إلا كفارة ظهار واحدة .. قال مالك : وإن كان ذلك في أشياء مختلفة مثل ما يقول الرجل : أنت علي كظهر أمي إن دخلت الدار، ثم يقول بعد ذلك أنت علي كظهر أمي إن لبست هذا الثوب، في كل شيء يفعله من هذا كفارة، لأن هذه الأشياء مختلفة، فصارت أيماناً بالظهار مختلفة).

قولين. دليلنا: أنها يمين مكفرة ، فإذا كررها لم يجب إلا كفارة كاليمين بالله، وكما لو لم ينو الاستئناف.

١٦٧٥ - مسألة: يحرم على المظاهر القبلة واللمس على وجه الشهوة، وفيه رواية أخرى: لا يحرم^(١)، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي^(٢) كالروائتين. دليلنا: أنه تحريم تعلق بقول الزوج أشبه الطلاق، ولأنه قول تعلق به تحريم الوطء أشبه تزويج أمته.

١٦٧٦ - مسألة: يصح الظهار المؤقت^(٣)، وبه قال أبو حنيفة^(٤)، ومالك، إلا أن مالك يبطل التأقيت ويجعله^(٥) مؤبداً، وعن الشافعي كقولنا، وعنه أنه لا يصح. دليلنا: أنه قول يفضي إلى كفارة أشبه اليمين بالله تعالى.

(١) جاء في المغني: ٦٧/١١: (فأما التلذذ بما دون الجماع من القبلة واللمس والمباشرة فيما دون الفرج ففيه روايتان، إحداهما: يحرم، وهو اختيار أبي بكر، وهو قول الزهري، ومالك، والأوزاعي، وأصحاب الرأي، وهو أحد قولي الشافعي، لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه. والثانية: لا يحرم. قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس، وهو قول الثوري، وإسحاق، وأبي حنيفة، وحكي عن مالك، وهو القول الثاني للشافعي).

(٢) قال الماوردي: (أما وطء المظاهر قبل التكفير فقد ذكرنا تحريمه بالنص والإجماع، وأما ماسواه من الاستمتاع كالقبلة والملازمة والتلذذ بما دون الفرج ففي تحريمه قولان: أحدهما: وهو ظاهر كلامه هاهنا، وفي كتاب الأم: إن اجتنابه احتياط وفعله غير محرم، لأنه قال: أحببت أن يمنع القبلة والتلذذ احتياطاً.

والقول الثاني: وهو ظاهر كلامه في القديم: إنه يحرم عليه التلذذ بما دون الفرج كما يحرم عليه بالوطء في الفرج). الماوردي: ٣٦٤/١٣.

(٣) جاء في الكافي: ٢٥٨/٣: (ويصح الظهار مؤقتاً كقوله: أنت علي كظهر أمي شهراً، لما روى سلمة بن صخر قال: ظهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ انكشف لي منها شيء، فلم ألبث أن نزوت عليها، فانطلقت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته الخبر، فقال: «حر رقبة». رواه أبو داود.

(٤) جاء في مختصر ألف العلماء: ٤٨٤/٢: (قال أصحابنا والثوري والشافعي: إذا قال: أنت علي كظهر أمي... لا يصح الظهار بمضي اليوم).

(٥) انظر: المبسوط: ١٣٢/٦، والمدونة: ١٣/٣، ومختصر المزني: ص ٢٠٣.

١٦٧٧ - مسألة : إذا شبه زوجته بعضو من أعضاء أمه كان مظاهراً، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة : لا حتى يكون عضواً^(٢) يحرم النظر إليه. دليلنا : أنه شبهها بعضوها أشبه الفرج والظهر.

١٦٧٨ - مسألة : فإن شبهها بمن لا تحل له على التأييد كان مظاهراً^(٣) سواء كان التحريم طارئاً كالرضاع والمصاهرة، أو أصلياً كأمه، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي : لا يكون مظاهراً إذا كان التحريم طارئاً، وفي الأصل إن كانت أمّاً أو جدة كان مظاهراً وفيما عداهما على قولين. دليلنا : أنه شبهها بما لا تحل له على التأييد أشبه الأم.

فصل : فإن شبهها بالرحم المحرم من الرجال كان مظاهراً، وفيه رواية أخرى : لا يكون مظاهراً إلا بتشبيها بالمحرمين من النساء، وبه قال الشافعي، والدلالة عليه ما تقدم أن شبهها بمن لا تحل له على التأييد أشبه ما ذكرنا.

فصل : فإن شبهها بأجنبية لم يكن مظاهراً، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال الخرقي وأبو بكر من أصحابنا : يكون مظاهراً، وحكى ابن نصر عن أصحابه إن شبهها بظهرها كان ظهاراً وبغير الظهر على خلاف بينهم. دليلنا : أنه شبهها بمن يحل له بحال، أشبه إذا شبهها بزوجه الحائض.

(١) جاء في المغني : ١٣٢/١١ : (أنه إذا شبه عضواً من امرأته بظهر أمه، أو عضو من أعضائها فهو ظاهر، فلو قال : فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك علي كظهر أمي فهو ظاهر، وبهذا قال مالك، وهو نص الشافعي، وعن أحمد رواية أخرى : أنه ليس بمظاهر).

(٢) جاء في اختلاف العلماء : ٤٨٥/٢ : (قال أصحابنا : إذا قال أنت علي كيد أمي أو كرأسها لم يكن مظاهراً، لأنه يحل له النظر إليه).

(٣) جاء في الكافي : ٢٥٦/٣ : (وإن شبهها بمن يحرم في حال كأخت زوجته، وعمتها، أو الأجنبية، ففيه قولان، أحدهما : هي ظهار، اختاره الخرقي .. والآخر : ليس الظهار).

(٤) جاء في المغني : ٥٨/١١ : (إذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته، وعمتها أو الأجنبية، فعن أحمد روايتان، إحداهما : أنه ظهار، وهو اختيار الخرقي، وقول أصحاب مالك. والثانية : ليس بظهار، وهو مذهب الشافعي، لأنها غير محرمة على التأييد، فلا يكون التشبيه بها ظهاراً). انظر : روضة الطالبين : ٢٦٤/٨.

١٦٧٩ - مسألة: إذا قال: أنت علي كأمي، أو أمي، ومثل أمي كان مظاهراً^(١)، وبه قال مالك، ومحمد بن الحسن^(٢)، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يكون مظاهراً حتى ينوي الظهار. دليلنا: أنه أطلق تشبيهه امرأته بأمه، أشبه لو قال: كظهر أمي.

١٦٨٠ - مسألة: إذا شبه عضو من أعضاء زوجته بأمه كان مظاهراً^(٣)، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة^(٤): لا حتى يشبهها بعضو يعتبر به عن الجملة، وعن الشافعي^(٥) قولان، أحدهما: كقولنا، والثاني: لا يكون ظهاراً حتى يشبه جملتها بأمه. دليلنا: أنه لفظ يقتضي تحريم الوطء، فإذا علقه على عضو منها سرى كالطلاق.

١٦٨١ - مسألة: يصح الظهار^(٦) من الأجنبية، فإذا قال: إذا تزوجت فلانة فهي

(١) جاء في كشف القناع: ٣٧٠/٥: (وإن قال لامرأته أنت عندي كأمي، أو مثل أمي، أو قال: أنت مني كأمي، أو مثل أمي، أو قال: أنت علي كأمي كان مظاهراً، لأنه شبه امرأته بأمه، أشبه ما لو شبهها بعضو من أعضائها، وسواء نوى به الظهار، أو أطلق، لأنه الظاهر من اللفظ)
(٢) جاء في: ٤٨٧/٢: (فيمن قال: أنت علي كأمي... قال أبو حنيفة: إن عني الظهار فهو ظهار، وإن عني الكرامة، فليس بشيء).

وقال محمد: هو ظهار إذا لم يكن له نية... وقال الشافعي: ليس بظهار حتى ينوي).
(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات: ١٩٦/٣: (والظهار أن يشبه الرجل زوجته، أو يشبه عضو منها كيدها وظهرها بأي امرأة تحرم عليه كأمه وأخته من نسب أو رضاع، ولو كان تحريمها إلى أمد...).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ٢١٣٠/٥: (وأما الذي يرجع إلى المظاهر به: منها أن يكون عضواً لا يحل له النظر إليه من الظهر والبطن والفخذ والفرج حتى لو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رجلها لا يصير مظاهراً، لأن هذه الأعضاء من أمه يحل له النظر إليها).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٩٥٦/٢: (فإن قال: أنت علي كيد أمي، أو فرج أمي أو غيره من الأعضاء صار مظاهراً علي السنصوص، وبه قال مالك وأحمد. ومن أصحابنا من قال: هو على القولين في العمة. وقال أبو حنيفة: إن شبهها بعضو يحرم النظر إليه من الأم كالفرج والفخذ صار مظاهراً، وإن كان لا يحرم النظر إليه كالرأس والوجه لم يصير مظاهراً).

(٦) جاء في التوضيح: ١٠٨٣/٣: (وإن قال لأجنبية: «أنت علي كظهر أمي» لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر).

علي كظهر أمي ثم تزوجها^(١)، فإنه يكفر خلافاً للشافعي^(٢). دليلنا: أن عمر بن الخطاب لعله قضى به.

١٦٨٢ - مسألة: العود المذكور في كتاب الله تعالى هو العزم على الوطء، وبه قال أكثرهم^(٣) حتى أن مالكا زاد علينا فقال: إن عزم على الوطء استقرت الكفارة وإن عزبت نيته، وعندنا لا يستقر، وقال الشافعي: هو الإمساك على الزوجية فمتى مضى زمانه يمكنه الطلاق فلم يطلق فهو عائد^(٤)، وقال داود: هو العود في اللفظ دفعة ثانية. دليلنا: أن إمساكها على الزوجية لا يثبت العود كما لو طلقها طلاق رجعية، ولأن الظهار يقتضي التحريم فجاز أن يكون العزم على الوطء عوداً، لأنه ضد التحريم، فأما الإمساك فلا، لأن الظهار لا يقتضي

(١) ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية إلى: أنه يجوز وطؤها ولا يلزمه شيء. انظر: حاشية الخرخشي: ٢٤٤/٣، ومغني المحتاج: ٣٥٣/٣.

وجاء في بدائع الصنائع: ٢١٢٨/٥: (ولو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي، لا يقع الظهار، حتى ولو تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهراً بالإجماع لعدم الملك) (٢) جاء في حلية العلماء: ٩٥٦/٢: (وإن شبهها بأجنبية ليست محرمة عليه على التأبيد لم يكن مظاهراً، وقال أصحاب مالك: إن شبهها بظهرها كان مظاهراً، وإن شبهها بغيره لم يكن مظاهراً).

(٣) جاء في بداية المجتهد: ١٥٠/٣: (فأما القائلون باشتراط العود في إيجاب الكفارة، فإنهم اختلفوا فيه ما هو...؟ فعن مالك في ذلك ثلاث روايات:

إحداهن: أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معاً. والثانية: أن يعزم على وطئها فقط، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد.

والرواية الثالثة: أن العود هو نفس الوطء، وهي أضعف الروايات عند أصحابه. وقال الشافعي: العود هو الإمساك نفسه...

وقال داود وأهل الظاهر: العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية، و متى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه).

(٤) جاء في الحاوي: ٣٥٣/١٣: (واختلف في العود على أربعة مذاهب: أحدها: وهو مذهب الشافعي: أن العود هو أن يمسك عن طلاقها مدة يمكنه فيها الطلاق) ..

التخلية، ونخص داود بأن النبي ﷺ أمر المظاهر بالكفارة ولا يحفظ أنه عاد في اللفظ ، وإنما روي أنه وطء ، وفي حق بعضهم طالباها بالوطء.

فصل : فإن طلقها ثم عاد تزوجها بنكاح جديد عاد الظهار، وبه قال أكثرهم^(١)
خلافاً للشافعي في أحد قوليه.^(٢) دليلنا: أن الطلاق يقتضي التحريم فلا يمنع من بقاء حكم الظهار كظهار ثاني.

١٦٨٣ - مسألة : كفارة الظهار تثبت في الذمة ، وبه قال أكثرهم^(٣)، وقال أبوحنيفة : لا تستقر في الذمة. دليلنا: أنها كفارة فجاز أن تثبت في الذمة كسائر الكفارات.

١٦٨٤ - مسألة : إذا وطء المظاهر في صيام الكفارة ناسياً، أو عامداً استأنف التكفير، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال الشافعي : في الناس يتمم، وعن أحمد مثله، وهكذا الخلاف إذا وطء ليلاً عندنا يبطل، وعنده لا يبطل.^(٥) دليلنا: أن وطء المظاهر منها في خلال صيامه أشبه العامد.

(١) جاء في التوضيح: ١٠٨٤/٣: (ولو مات أحدهما أو طلقها، فلا كفارة، فإن عاد فتزوجها، لم يطأها حتى يكفر).

(٢) جاء في المهذب: ١٧/٤: (وإن بانئت منه ثم تزوجها، فهل يعود الظهار أم لا ؟.. على قولين ...).

(٣) جاء في المغني: ١١٠/١١: (فإن وطء عصي ربه لمخالفته أمره، وتستقر الكفارة في ذمته، فلا تسقط بعد ذلك بموت، ولا طلاق، ولا غيره، وتحريم زوجته عليه باق حتى يكفر .. هذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة: لا تبقى الكفارة في ذمته).

(٤) جاء في المغني: ٩٢/١١: (وإن وطئها أو وطء غيرها في نهار الشهرين عامداً أفطر، وانقطع التتابع إجماعاً، إن كان غير معذور، وإن وطئها أو طء غيرها، نهاراً ناسياً، أفطر، وانقطع التتابع في إحدى الروايتين، لأن الوطء لا يعذر فيه بالنسيان، وعن أحمد رواية أخرى: أنه لا يقطر ولا ينقطع التتابع، وهو قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر، لأنه فعل المفطر ناسياً، أشبه ما لو أكل ناسياً).

(٥) جاء في حلية العلماء: ٩٦٤/٢: (فإن جامع بالليل في صوم الظهائم أثم، ولم ينقطع التتابع، وقال أبو حنيفة: ينقطع).

١٦٨٤ - مسألة: الإيمان شرط في العتق في كفارة الظهار^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣) وإحدى الروایتين. دليلنا: أنه عتق في كفارة أشبه كفارة القتل، ولأن ما لا يجزئ في كفارة القتل لا يجزئ في الظهار كالمعينة.

فصل: ويجري عتق المكاتب بشرط أن لا يكون قد أدى من كتابته شيئاً^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: لا يجزيه، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية ثالثة: يجزيه بكل حال. دليلنا: أنه عتق معلق في حال الحياة، أشبه إذا علقه بدخول الدار، ولأنه عتق على مال أشبه إذا قال: إذا أدت إلي ألفاً فأنت حر.

١٦٨٦ - مسألة: إذا اشترى من يعتق عليه^(٥) بالرحم ونوى حين الشراء عتقه عن كفارته لم يجزه، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه عتق مستحق

(١) جاء في الكافي: ٢٦٥/٣: (ولا يجزئ في الكفارات كلها إلا رقبة مؤمنة لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾. النساء: ٩٢. نص على المؤمنة في كفارة القتل، وقسنا عليها سائر الكفارات، لأنها في معناها.. وعنه: يجزئه في سائر الكفارات ذمية لإطلاق الرقبة فيها ..).

(٢) جاء في الحاوي: ٦٧٥/١٣ قال الماوردي: (وهذا صحيح، لا يجوز أن يعتق في كفارة الظهار إلا رقبة مؤمنة).

(٣) يرى الأحناف كما جاء في كتبهم: أن المظاهر لو أعتق رقبة كافرة تجزئ، لأن المأخوذ عليه إنما هو عتق الرقبة، وهذا قد أعتق رقبة، لأن رقبة الكافر رقبة، فوجب أن يجزيه كما لو أعتق عبداً مسلماً).

فقد جاء في المبسوط: ٢/٧: (وتجزئ الرقبة الكافرة في كفارة الظهار واليمين والإفطار، ولا تجزه عند الشافعي إلا الرقبة المؤمنة .. ودليله ظاهر الآية، فالمنصوص اسم الرقبة، وليس فيه ما ينبع عن صفة الإيمان والكفر، فالتقيد بصفة الإيمان زيادة، والزيادة على النص نسخ فلا يثبت بخبر الواحد).

(٤) جاء في المغني: ٨٥/١١: (ولا يجزيه عتق مكاتب أدى من كتابته شيئاً).

(٥) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٠٢/٣: (ولو اشترى من يعتق عليه بقرابة فلا تجزئه عنها لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ والتحرير فعل العتق ولم يحصل هنا، ولأن عتقه مستحق بغير سبب الكفارة).

بسبب سابق لكفارته، أشبه إذا علقه بدخول الدار ثم لما رآه يدخل نوى عن كفارته.

١٦٨٧ - مسألة: إذا أعتق عبده عن غيره بإذنه في كفارته بغير عوض أجزأ عنه^(١)، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: لا يجزئ إلا بعوض، وبه قال أبو حنيفة^(٢) وجه الأولى وهي اختيار الخرقي وابن حامد: إن هذا إعتاق عن الغير بإذنه فكان حكمه كما لو باشره كالعتق بعوض ولا يلزم المعيب، لأن حكمنا فكان كما لو باشره.

١٦٨٨ - مسألة: إذا أعتق أحد الشريكين حصته عن كفارة، ثم كملنا العتق إما بشرائه إن كان موسراً أو ثري في الثاني، وإيقاع العتق فيه أجزأ عن كفارته^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٤): لا يجزئه، وهو اختيار أبو بكر، وحكاه نصاً. دليلنا: أن أكثر ما في هذا تقدم العتق بعضه على بعض، وهذا لا يمنع كما لو كان المالك واحداً وأعتق نصفه ثم النصف الآخر.

(١) جاء في الكافي: ٢٦٨/٣: (فإن أعتق عبده عن كفارة غيره بغير إذنه لم يجزئه، لأنها عبادة، فلم تجز عن غيره بغير أمره .. وإن أعتقه عن كفارة حي بأمره صح وأجزأ عن الكفارة إذا نواها، لأنه أعتق عنه بأمره فأجزأه، كما لو ضمن له عوض .. وعنه: لا يجزئ إلا أن يضمن عوضاً).

(٢) جاء في المبسوط: ١٠/٧: (ولو أعتق رجل عنه بغير أمره لم يجزه عن ظهاره، لأن المعتق عن المعتق ونيته من غيره لغو، لأنه يعقب الولاء وليس لأحد أن يلزم غيره، ولا بغير أمره. وإن كان بإذنه وله جعل جاز).

(٣) جاء في كشف القناع: ٣٨٣/٥: (ولو ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته وهو معسر، ثم اشترى باقيه فأعتقه - أي أعتق العبد المشترك كله عن كفارته وهو معسر بقيمة نصيب شريكه سرى العتق إلى نصيب شريكه، وعتق ولم يجزئه نصيب شريكه عن كفارته، لأنه لم يحصل بالمباشرة بل السراية).

(٤) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٩٦/٢: (قال أبو حنيفة: في أحد الشريكين إذا أعتق عبداً بينه وبين غيره عن الكفارة: أنه لا يجزئه موسراً كان أو معسراً. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا كان موسراً أجزأه، وإن كان معسراً لم يجزئه .. وقال الشافعي: لا يجزئ موسراً كان أو معسراً. انظر: المبسوط: ٧/٧، ومختصر المزني: ص ٢٠٥).

١٦٨٩ - مسألة: إذا أعتق نصف عبيدين أجزاءه، ذكره الخرقى^(١)، وبه قال أكثرهم، واختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من قال: يجزئ، ومنهم من قال: إن كان نصف الرقبتين حراً أجزاءه، وإن كان رقيقاً لم يجزئه. دليلنا: أن الأشخاص والأشخاص سواء فيما لا يمنع منه العيب اليسير، دليله الزكاة والكفارات في الحج، وكذلك الهدايا والضحايا، ونريد به إذا كان له نصف ثمانين شاه مشاعة لزمه الزكاة في الهدايا والضحايا وكفارات الحج إذا اشترك الجماعة في الدم، وقولنا فيما لا يؤثر فيه العيب اليسير احترازاً من إخراج بعض الحيوان في الزكاة.

١٦٩٠ - مسألة: إذا كان عليه كفارات^(٢) من أجناس، لم يجزه التكفير إلا بشرط تعيين النية، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنها عبادات اختلف أجناسها، فإذا وجبت النية فيها وجب التعيين كالصلاة والصيام.

١٦٩١ - مسألة: إذا كان عليه كفارتان عن الظهار فاطعم ستين مسكيناً، كل مسكين نصف صاع، ونواهما جميعاً أجزاءه^(٣)، وقال أبو حنيفة: يجزئه عن إحديهما^(٤)، ووافقنا أصحابه. دليلنا: أنه لو أفرد الدفع جاز، كذلك إذا جمعهما كما لو كانا من جنسين.

(١) جاء في الكافي ٢٦٨/٣: (وإن أعتق نصف عبيدين .. فقال الخرقى: يجزئ، لأن أبعاض الجملة كالجملة في الزكاة والفطرة، كذلك في الكفارة، وقال أبو بكر: لا تجزئ، لأن المقصود تكميل الأحكام ولا يحصل باعتقاق نصفين).

(٢) قال في المغني: ١١٧/١١: (وإذا كانت على رجل كفارتان، فأعتق عنها عبيدين لم تخل من أربعة أحوال: أحدهما: أن يقول: أعتقت هذا عن هذه الكفارة، وهذا عن هذه فيجزئه إجماعاً ... الثاني).

(٣) جاء في كشف القناع: ٣٨٨/٥: (وإن قدم لهم - أي لستين مسكيناً ستين مداً وقال: هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزاءه ذلك).

(٤) جاء في المبسوط: ١٨/٧: (ولو أطعم ستين مسكيناً كل مسكين صاع من حنطة من ظهارين في امرأة واحدة، أو امرأتين، لم يجز إلا من أحدهما في قول أبي حنيفة، وأبو يوسف، يجزئه في قول محمد).

١٦٩٢ - مسألة : لا يجزئ في الكفارات عتق المعيبة إذا كان يضر بالعمل^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لداود. دليلنا: قوله تعالى : ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾^(٣)، ولأنه أحد نوعي ما يكفر به فلا يجزئ فيه ما يقع عليه الاسم كالطعام.

١٦٩٣ - مسألة : إذا كان مقطوع اليد والرجل من خلاف لم يجز عتقه في الكفارة^(٤). وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٥). دليلنا: أنه عيب يضر بالعمل ضرراً بيناً، أشبه لو كان من وفاق.

١٦٩٤ - مسألة : لا يلزم عتق عبده الذي لا غنى له عن خدمته في كفارته، ذكره الخرقى^(٦)، وبه قال الشافعي^(٧) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أنه مبدل يجوز الانتقال إلى بدله مع عدمه فجاز مع الحاجة إليه كالماء، ولأنه مال تستغفره حاجته أشبه مسكنه.

(١) بناءً في المعني: ٨٢/١١: (ولا يجزئه إلا رقبة سائمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً، لأن المقصود تملك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه، ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرراً بيناً).

(٢) جاء في المذهب: ٤٢٣/٤: (ولا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب التي تضر بالعمل ضرراً بيناً، فإن أعتق أعمى لا يجوز، لأن العمى يضر بالعمل الضرر البين).

(٣) سورة البقرة: الآية رقم: ٢٦٧.

(٤) جاء في الكافي: ٢٦٥/٣: (ولا يجزئ مقطوع اليد أو الرجل، لأنه يعجز عن أعمال كثيرة).

(٥) جاء في المبسوط: ٢/٧: (ومقطوع أحد الرجلين يجزئ، لأن منفعة المشرع لا تفوت به، وكذلك مقطوع اليد والرجل من خلاف، لأنه يتمكن من المشي بالعصا، ومنفعة البطش باقية أيضاً فلم تكن مستهلكة).

(٦) جاء في الكافي: ٢٦٣/٣: (فإن كان له رقبة لا يستغني عن خدمتها لكبيره، أو لمرضه، أو كونه ممن لا يخدم نفسه أو يحتاج إليها لخدمة زوجته التي يلزمه إعدامها، أو يتقوت بغلتها، أو يتعلق به حاجة لأبد منها، لم يلزمه عتقها، لأن ما استغفرته حاجته كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل).

(٧) جاء في المذهب: ٤٢٢/٤: (وإن كان له رقبة لا يستغني عن خدمتها بأن كان كبيراً أو مريضاً لم يلزمه صرفها في الكفارة).

١٦٩٥ - مسألة : الاعتبار في الكفارات بحالة الوجوب، وفي رواية أخرى : بأغلظ الأحوال، وهي اختيار الخراقي^(١)، وقال أبو حنيفة ومالك : الاعتبار بحالة الأداء. وعن الشافعي : كالمذاهب الثلاثة^(٢) وجه الأولى : أنها طهرة وجبت لارتكاب محظور فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحدود.

١٦٩٦ - مسألة : إذا شرع في الصيام، ثم وجد الرقبة لم يلزمه الانتقال^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة، وهذه المسألة إنما يكون لها فائدة إذا قلنا أن الاعتبار بأعلى الحالتين ، فأما إذا قلنا الاعتبار بحالة الوجوب فلا، لأن على تلك الرواية لو وجد الرقبة قبل الشروع في الصيام لم يلزمه العتاق وجه الأولى : أنه وجد المبدل بعد الشروع في صيام البدل فلا يلزمه الانتقال كما لو وجد المتمتع الهدي بعد الشروع في صيام السبعة أيام.

١٦٩٧ - مسألة : إذا أفطر في أثناء كفارة يجب فيها التتابع بمرض، لم يبطل التتابع^(٤)، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة^(٥) والشافعي في أحد قوليه. دليلنا : أن سبب الفطر بغير اختياره أشبه إذا كان بحيض.

- (١) جاء في الكافي : ٢٦٤/٣ : (والاعتبار بحال وجوب الكفارة في أظهر الروايتين، لأنها يجب على وجه التطهير فاعتبر منها حال الوجوب كالحر. والثانية : الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى الأداء، فأى وقت قدر على العتق لزمه، لأنه حق يجب في الذمة).
- (٢) جاء في المذهب : ٤٢٣/٤ : (وإن اختلفت حال المظاهر من حين وجبت الكفارة إلى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال : أحدهما : أن يعتبر حال الأداء. والثاني : يعتبر حال الوجوب. والثالث : يعتبر أغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين الأداء، فأى وقت قدر على العتق لزمه).
- (٣) جاء في المغني : ١٠٩/١١ : (فأما إن استمر به العجز حتى شرع في الصيام، لم يلزمه الانتقال إلى العتق بخلاف في المذهب، وهو مذهب الشعبي وقتادة ومالك والشافعي. وذهب ابن سيرين وأصحاب الرأي إلى : أنه يلزمه العتق، لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود إليه).
- (٤) جاء في كشف القناع : ٣٨٤/٥ : (أو تخلله فطر وجنون أو أغماء أو مرض غير مخوف، لم ينقطع التتابع، لأنه أفطر بسبب لا صنع له فيه).
- (٥) جاء في المبسوط : ١٢/٧ : (وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق عن ظهاره فعليه صيام شهرين متتابعين بالنص، فإن أفطر فيهما يوماً لمرض، فعليه استقبال الصيام لفوات صفة التتابع بفطره).

١٦٩٨ - مسألة: إذا تخلل صيام التكفير مدة لا يصح صيامها كيومي العيدين وأيام التشريق لم يبطل التتابع^(١) خلافاً لأكثرهم.^(٢) دليلنا: أنه زمان مستحق فطره أشبه زمان الحيض، والليل، والمرض ولا يلزم السفر، لأنه جائز غير مستحق.

١٦٩٩ - مسألة: يعطي كل مسكين من الكفارة مدّ برّ، أو نصف صاع تمر، أو شعير، وقال أبو حنيفة: من البر نصف صاع، ومن التمر والشعير صاعاً. واختلفت الرواية عن مالك، فعنه مدّ، وعنه مدان، وعنه مد وثلاثاً مدّ، وقال الشافعي: مدّ من الجميع. دليلنا: ما روى يزيد المدني قال: جاءت امرأة من بني بياضة بن سوار بنصف وسق شعير فقال النبي ﷺ: «للمظاهر أطعم هذا ستين مسكيناً فإن مدين شعير مكان مدّ برّ»^(٣)، وفيه دلالة عليهما، ولأنه تكفير بالإطعام فأجزأ منه دون الصاع كالتكفير بالبر، ونخص الشافعي بأنه تكفير بتمر أو شعير فلا يجزئ فيه المدّ كفدية الأذى.

١٧٠٠ - مسألة: العدد شرط في كفارة الظهار وغيرها^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥)

(١) جاء في الكافي: ٢٧٠/٣: (وإن أفطر يوم فطر أو أضحى، أو أيام تشريق، لم ينقطع التتابع، لأنه فطر واجب).

(٢) جاء في المذهب: ٤٣١/٤: (وإن دخل في الصوم فقطعه بصوم رمضان أو يوم النحر، لزمه أن يستأنف، لأنه ترك التتابع بسبب لا عذر فيه).

(٣) أخرجه الحارث في مسنده: ٥٥٧/١.

(٤) جاء في المغني: ٩٣/١١: (والواجب إطعام ستين مسكيناً، لا يجزئه أقل من ذلك، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لو أطعم مسكيناً واحداً في ستين يوماً أجزاءً، وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن الإمام أحمد، لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة فجاز أن يعطى منها كالיום الأول).

ولنا قوله تعالى: ﴿إِطْعَامُ سِتِينَ مَسْكِينًا﴾، وهذا لم يطعم إلا واحداً فلم يمثل الأمر).

(٥) جاء في المذهب: ٤٣٢/٤: (وإن لم يقدر على الصوم لكبر لا يطبق معه الصوم، أو لمرض لا يرجى برؤه منه، لزمه أن يطعم ستين مسكيناً لقول الرسول ﷺ: «أطعم ستين مسكيناً»).

خلفاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِينَ مَسْكِينًا﴾ الآية^(١). وإطعام مصدر، لأنه يقال: أطعم يطعم إطعاماً، والمصدر مقدر بأن والفعل، ومنه قولهم: أعجبني إكرام زيد عمراً، وتقديره أكرم زيد عمراً، فيحصل كأنه قال: فعليه أن يطعم ستين مسكيناً، ولو صرح بذلك لوجب العدد، كذلك وإن لم يصرح، ولأنه عدد موصوف لا يجوز الإخلال بصفته فلا يحل به كالعدد في الشهادة.

فصل: فإن عدم العدد جاز تكراره على واحد في أيام^(٢) وقال مالك والشافعي: ينتظر وجود العدد. دليلنا: أنه مسكين لم يستوفي قوت يومه من كفارة فجاز الدفع إليه، دليله اليوم الأول ولا يلزم إذا وجد غيره، لأن التعليل للجواز.

١٧٠١-مسألة: يجب تملك الفقراء الطعام في الكفارات^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وقال أبو حنيفة^(٥): يجزئه إن يغديهم ويعشيهم. دليلنا: أنه مال وجب دفعه إلى الفقراء شرعاً، فوجب تملكهم إياه كالكسوة والزكاة.

(١) سورة المجادلة: الآية رقم: ٣.

(٢) جاء في كشف القناع: ٣٨٦/٥: (ولو ردها على مسكين واحد ستين يوماً لم يجزئه، لأن الله أوجب إطعام ستين مسكيناً، ولم يطعم إلا مسكيناً واحداً، إلا أن لا يجد غيره فيجزيه ترديدها عليه).

(٣) جاء في الكافي: ٢٧٢/٣: (ويجب أن يملك كل فقير هذا القدر، فإن دفعه إليهم مشاعاً فقال: هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأه، لأنه دفع إليهم حقهم، فبرئ منه كالدين، وقال ابن حامد: يجزئه وإن لم يقل بالسوية).

(٤) جاء في حلية العلماء: ٩٦٦/٢: (ولا يجوز أن يدفع الواجب إلى أقل من ستين مسكيناً، فإن جمعهم وغداهم وعشايم عن الكفارة لم يجزئه... وقال أبو حنيفة: يجزئه. وقال أبو إسحاق: إن ملكهم إياه بالسوية وسلمه إليهم فإنه يجزئه).

(٥) جاء في المبسوط: ١٤/٧: (ويجزيه أن يدعو ستين مسكيناً فيغديهم ويعشيهم وهو قول علمائنا أن الإطعام في الكفارات يتأدى بالتمكين من الطعام، وعند الشافعي: لا يتأدى إلا بالتمليك من الفقير).

١٧٠٢ - مسألة: يجب تقديم الإطعام على المسلمين في التكفير^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود، وهو اختيار أبي بكر، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أن الله شرط ذلك في نوعين من الكفارة وهو العتاق والصيام ويطلق في الإطعام، فكان بمثابتهما، لأن المطلق يحمل على المقيد، والثاني إن شرطاً ذلك في الصيام والإعتاق مع كونه تلحق المشقة فيه تنبيه على الإطعام بعدم المشقة.

١٧٠٣ - مسألة: لا تجزئ إخراج القيمة على الإطعام في الكفارة^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه أحد نوعي ما يكفر به أشبه العتق.

١٧٠٤ - مسألة: يجوز إخراج الدقيق في الكفارة ولا يكون قيمة^(٣)، وفي الخبز روايتان أصحهما: الإجزاء واختارها الخراقي، وقال الشافعي: لا يجزئ^(٤). دليلنا: أن ما وجب بلفظ الإطعام أجراً فيه الدقيق والخبز، كما لو نذر إطعام المساكين.

١٧٠٥ - مسألة: لا يجوز صرف شيء من الكفارات إلى الذمي^(٥)، وبه قال

(١) جاء في المغني: ١٠٢/١١: (ولا يجوز دفعها إلى كافر، وبهذا قال الشافعي، وخرج أبو الخطاب وجهها في إعطائهم، لأنه كافر فلم يجز الدفع إليه).

(٢) جاء في كنشاف القناع: ٣٨٨/٥: (ولا يجزئ إخراج القيمة، لأن الواجب هو الإطعام، وإعطاء القيمة ليس إطعام).

(٣) جاء في المغني: ١٠٠/١١: (فإن أخرج دقيقاً جاز، لكن يزيد على قدر المدّ قدر المدّ يبلغ المدّ حباً، أو يخرج بالوزن، لأن للحب ربعاً، فيكون في مكيال الحب أكثر مما في مكيال الدقيق، وقال الشافعي: لا يجزئ، لأنه ليس بحال الكمال).

(٤) جاء في المذهب: ٤٣٣/٤: (ولا يجوز الدقيق والسويق والخبز، ومن أصحابنا من قال: يجزئه، لأنه مهياً للإقتيات مستغنى عن مؤنثه، وهذا فاسد، لأنه إن كان قد هياً لمنفعة فقد فوت فيه وجوهاً من المنافع).

ولا يجوز إخراج القيمة، لأنه أخذ ما يكفر به، فلم يجز فيه القيمة كالعتق).

(٥) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٠٤/٣: (ويشترط أن يكون المسكين مسلماً حراً كالزكاة).

أكثرهم^(١) خلافاً لأبي حنيفة^(٢)، ووافقنا في الحربي. دليلنا: أنه مال وجب صرفه إلى الفقراء بالشرع أشبه الزكاة.

١٧٠ - مسألة: يجوز دفع الإطعام في الكفارة إلى مكاتب^(٣). [.....]^(٤) دليلنا: أن من جاز دفع الزكاة إليه لحاجته جاز دفع الكفارات إليه كالحر.

١٧٠١ - مسألة: إذا قالت المرأة لزوجها أنت عليّ كظهر أبي، كان عليها كفارة 'الظهار'^(٥) خلافاً لأكثرهم وإحدى الروایتين. دليلنا: ما روي عن عائشة بنت طلحة خطبها مصعب بن الزبير فقالت: «إن تزوجته فهو عليّ كظهر أبي، ثم

(١) جاء في الحاوي: ٤٤٥/١٣: (قال المزني: قال الشافعي - رحمه الله - ولا أحداً على غير دين الإسلام، قال الماوردي: وهذا صحيح في الكفارات والزكاة أنه لا يجوز دفعها إلى كافر سواء أكان حريباً أو ذمياً، واختار أبو حنيفة دفع الكفارة وزكاة الفطر إلى الذمي دون الحربي). (٢) جاء في المبسوط: ١٨/٧: (قال: ولا يجزئه أن يعطي من هذه الكفارة من لا يجزئه أن يعطيه من زكاة المال إلا فقراء أهل الذمة فإنه يعطيهم من هذه الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: وفقراء المسلمين أحب إلينا، ولا يجزيه أن يعطي فقراء أهل الحرب وإن كانوا مستأمنين في دارنا).

(٣) جاء في المغني: ١٠٢/١١: (واختلف أصحابنا في المكاتب، فقال القاضي في المجرد، وأبو الخطاب في النهاية: لا يجوز دفعها إليه، وهو مذهب الشافعي. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما: يجوز الدفع إليه، وهو مذهب أبي حنيفة، وأبي ثور، لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته، فأشبه المسكين).

وقال الماوردي: (ولا يجوز دفع الكفارة إلى المكاتب، لأنه إن كان ذو مال فهو غني بماله، وإن كان غير ذي مال فيقدر على تعجيز نفسه فيصير غنياً بسيدته). انظر: الحاوي: ٤٤٥/١٣. (٤) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٥) جاء في الكافي: ٢٥٩/٣: (وإذا قالت المرأة لزوجها: أنت عليّ كظهر أبي، لم تكن مظاهرة لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾، فعلقه على الزوج، ولأنه قول يوجب تحريم الزوجة بملك الزوج رفعه، فاخص الرجل كالطلاق. ففي وجوب الكفارة ثلاث روايات، إحداهن: عليها كفارة الظهار، لما روى إبراهيم عن عائشة بنت طلحة قالت: إن تزوجت مصعب بن الزبير، فهو عليّ كظهر أبي، فسألت أهل المدينة فأروا أن عليها الكفارة، رواه الأثرم، ولأنها أتت بالمنكر من القول والزور بهذا اللفظ، فلزمتها كفارة الظهار كالرجل. والثانية: لا شيء عليها، لأنه تشبيه غير الظهار. والثالثة: عليها كفارة يمين).

رغبت فيه فسألت أصحاب الرسول ﷺ فقالوا: تعتق رقبة»^(١)، ولأنها عقوبة تتعلق بقول المنكر والزور فتثبت في حق المرأة كحد القذف، ولأنها كفارة تلزم الرجل فلزمت المرأة كسائر الكفارات.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه: ٣١٩/٣، والمصنف لعبد الرزاق: ٤٤٤/٦.

كتاب اللعان^(١)

١٧٠١ - مسألة: إذا نكل الزوج عن اللعان وجب عليه حد القذف^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٣): يحبس حتى يلاعن أو يقر. دليلنا: أنه قذف من يقاد بها أشبه الأجنبي.

فصل: فإن نكلت الزوجة عن اللعان لم تحد، وبه قال أبو حنيفة. ولنا في حبسها روايتان، وقال أكثرهم يلزمها الحد. دليلنا: أن لعان أحد الزوجين لا يثبت الحد على الآخر كللعان الزوجة، ولأنه لو كان لعان بينة يثبت عليها الحد لما سقط بلعانها كالشهود.

١٧٠٢ - مسألة: ليس من شرط اللعان من الزوجين الحرية والإسلام، وأن لا يكون محدودين في قذف، وبه قال أكثرهم^(٤)، وفيه رواية أخرى: يعتبر ذلك، وبه قال أبو حنيفة، واختارها الخرقى وجه الأولى: أن كل زوج صح قذفه

(١) اللعان: مصدر لاعن، كقاتل، يقال: لاعنه ملاعنة ولعاناً، أي طرده وأبعده.. وسميت الملاعنة بين الزوجين بذلك لبعدهما عن الرحمة، أو لبعد كل منهما عن الآخر.

وشرعاً: هي كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه، وألحق به العار، أو إلى نفي ولده. أنظر: مغنى المحتاج: ٣٦٧/٣.

وجاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٠٦/٣: (وشرعاً: شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين مقرونة بلعن من زوج، وغضب من زوجة، قائمة مقام حد القذف، أو تعزير في جانبه)

(٢) جاء في المغني: ١٣٦/١١: (أنه إذا قذف زوجته المحصنة، وجب عليه الحد، وحكم بنفسه، ورد شهادته إلا أن يأتي بينة أو يلاعن، فإن لم يأت بأربعة شهداء أو امتنع من اللعان، لزمه كله، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة: يجب اللعان دون الحد، فإن أبى حبس حتى يلاعن).

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٢٣/٢: (وإذا امتنع أحد الزوجين عن الإلتعان، فإن القاضي يحبسه حتى يلتعن، وعند الشافعي لا يحبس، ولكن يحد حد القذف).

(٤) جاء في المغني: ١٢٢/١١: (وقد اختلفت الرواية في صفة الزوجين، فروي أنه يصح من كل زوجين مكلفين، سواء أكانا مسلمين أو كافرين، أو عدلين، أو فاسقين، أو محدودين في قذف، أو كان أحدهما كذلك، وبه قال: سعيد بن المسيب، وربيعة، ومالك وإسحاق. قال ==

صح لعانه، كالذي هو على صفة الشهادة ، ولأن من صح يمينه صح لعانه، أصله مذكرنا .

١٧١٠ - مسألة: يملك الزوج أن يلاعن في القذف المطلق، وإن لم يقل رأيته تزني^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً لإحدى الروائيتين عن مالك . دليلنا: أنه قذف مضاف إلى الزوجة فملك تحقيقه باللعان كما لو أضاف إلى المشاهدة .

١٧١١ - مسألة: يصح قذف الأخرس ولعانه، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا أنه من صح طلاقه وإقراره ويمينه ونكاحه صح قذفه كالناطق .

١٧١٢ - مسألة: إذا قال لزوجته زنت قبل أتزوجك فعليه الحد، ولا يلاعن^(٤)، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى: يلاعن، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي^(٥): إذا لم يكن هناك ولد يريد نفيه فعليه الحد ولا يلاعن، وأن كان ولد يريد نفيه فعلى وجهين بين أصحابه . دليلنا: أنه أضاف القذف إلى حالة لو أتت فيها بولد لم يلحق به، أو إلى حالة لا حاجة به إليه أشبه الأجنبي .

رد المحتار على الدرر المختار

== أحمد في رواية إسحاق بن منصور: جميع الأزواج يلتعنون، الحر من الحرة، والأمة إذا كانت زوجة، وكذلك العبد من الحرة، وفي رواية أخرى: لا يصح اللعان إلا من زوجين مسلمين، عدلين حرين، غير محدودين في قذف .

(١) قال ابن قدامة: كل قذف للزوجة يجب به اللعان سواء قال لها زنت، أو رأيته تزني، سواء كان القاذف أعمى أو بصيراً، نص عليه أحمد، وبهذا قال الثوري والشافعي .. وقال يحيى ومالك: لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين؛ إما رؤية وإما إنكار للحمل . انظر المغني: ١١/١٣٦ .

(٢) جاء في كشف القناع: ٣٩٢/٥ : (وإذا فهمت إشارة الأخرس منها أو كتابته صح لعانه بها كالطلاق) .

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٥٠٨/٢ : (قال أصحابنا: إذا قذف امرأته وهي خرساء لحق به ولدها ولا حد عليه ولا لعان .. وقال مالك والشافعي: يلاعن إذا قذف امرأته بالإشارة) .

(٤) جاء في التوضيح: ١٠٩٣/٣ : (لو قال لزوجته زنت قبل أن أتزوجك .. حد ولا لعان) .

(٥) جاء في المذهب: ٤٥٦/٤ : (وإذا قذف زوجته برنا أضافه إلى ما قبل النكاح، فإن لم يكن نسب، لم يلاعن لإسقاط الحد، لأنه قذف غير محتاج إليه . وإن كان هناك نسب يلحقه ففيه وجهان: أحدهما: أنه يلاعن، والثاني: أنه لا يلاعن) .

١٧١- مسألة : إذا أبانها ثم قذفها بزنى مضاف إلى حالة الزوجية فله أن يلاعن بشرط أن يكون هناك ولد يريد نفيه^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٢) : لا يلاعن بته . دليلنا : أنه حالة لو أتت فيها بولد لحق به أشبه المعتدة من طلاق رجعي .

١٧١- مسألة : إذا قذفها وهي زوجه، ثم أبانها فله أن يلاعن لإسقاط الحد عنه^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٤) : لا يلاعن ويسقط عنه اللعان رأساً . دليلنا : أنها بينة يقيمها على صدقه مع بقاء النكاح، فكان له إقامتها مع زواله كالبينة .

١٧١- مسألة : الملاعنة إذا قُذفت بذلك الزنى، وجب على قاذفها الحد^(٥)، وبه قال أكثرهم، وهو اختيار الخرقى، وقال أبو حنيفة^(٦) : إن كان قد نفى نسب ولدها لم يجب الحد على القاذف . دليلنا : أنه قذف لم يحكم بصحته فلا يسقط

(١) جاء في المغني : ١٣٢/١١ : (فلو أبان زوجته، ثم قذفها بزنى أضافه إلى حال الزوجية، فإن كان بينه ما ولد يريد نفيه، فله أن ينفيه باللعان، وإلا حد ولم يلاعن، وبهذا قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : يحذ ويلحقه الولد، ولا يلاعن، وإن لم يكن له ولد فلا حاجة إلى اللعان وقد قذفها وهي أجنبية) .

(٢) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٤٩/٥ : (ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً أو ثلاثاً، ثم قذفها بالزنا .. لا يجب اللعان لعدم الزوجية، لبطلانها بالإبانة والثلاث، ولو طلقها طلاقاً رجعياً، ثم قذفها يجب اللعان، لأن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية) .

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات : ٢٠٩/٣ : (ويلاعن زوج من قذفها زوجة ثم أبانها بعد القذف، لإضافته إلى حال الزوجية، ولأن القذف سبق الإبانة) .

(٤) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٥٤/٥ : (إذا أبانها بعد القذف، فلا حد ولا لعان ... أما عدم وجوب الحد فلأن القذف أوجب اللعان فلا يوجب الحد . وأما عدم وجوب اللعان، فلزوال الزوجية، وقيام الزوجية شرط جريان اللعان، لأن الله خص اللعان بالأزواج) .

(٥) جاء في كشف القناع : ٣٤٥/٤ : (ولا يشترط في المحصن العدالة، فلو كان فاسقاً لشربه الخمر أو لبدعه ولم يعرف بالزنا، وجب الحد على قاذفه، ولو تابا من زنا فيحد قاذفه، لأن التوبة تجب ما قبلها، أو كان المقدوف ملاعنة فيحد قاذفها كغيرها) .

(٦) جاء في مختصر اختلاف العلماء : ٥١٦/٢ : (قال أصحابنا في رجل لاعن امرأته بولد قذفها : فلا حد عليه .. وإن لاعنها بغير ولد قذفها إنسان فعليه الحد ... وقال أبو يوسف : يحذ قاذفها لعنت بولد أو بغير ولد، وهو قول مالك والأوزاعي والليث والشافعي) .

الحصانة . دليله : لو لم يكن ولد ينفي .

١٧١٦ - مسألة : لا يصح اللعان لنفي الحمل قبل وضعه، وبه قال أبو حنيفة^(١)، خلافاً لأكثرهم^(٢) . دليلنا : أن الحمل غير متحقق فلا يلاعن لوجهين، أحدهما : أنه غير متحقق، والثاني : أنه يحصل معلق بشرط تقديره إن كنت حاملاً فليس بولدي فصار كتعليقه بدخول الدار .

١٧١٧ - مسألة : إذا رماها في الموضع المكروه فله أن يلاعن، وبه قال أكثرهم^(٣)، خلافاً لأبي حنيفة في قوله : لا حد على الرامي وهذه مبنية على أصل، وأنه يجب بالوطء فيه حد فهو كالقبل، ولأنه أحد السبيلين أشبه ما ذكرنا .

١٧١٨ - مسألة : يجب اللعان في النكاح الفاسد إذا كان هناك ولد، ذكره أبوبكر^(٤) في الخلاف، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٥) . دليلنا : أنها حالة لو أتت فيها بولد لحق به أشبه حالة الزوجية .

(١) جاء في المغني : ١٦١/١١ : (اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهي حامل، ونفي حملها في لعانه، فقال الخرقى وجماعته : لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع، ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع، وينتفي الولد فيه، وهذا قول أبي حنيفة . وقال مالك والشافعي وجماعة من أهل الحجاز : يصح نفي الحمل، وينتفي عنه) .

(٢) جاء في بداية المجتهد : ١١٧/٢ : (واختلفوا في وقت نفي الحمل .. فقال جمهور الفقهاء : بنفيه وهي حامل، وشرط مالك : أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان .. وقال الشافعي : إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة .. وقال أبو حنيفة : لا ينفي الولد حتى تضع) . أنظر المبسوط : ٥٠/٧، والمدونة : ١٠٩/٣، ومختصر المزني : ٢١٥ .

(٣) جاء في كشف القناع : ٣٤٧/٥ : (الشرط الثاني القذف الذي يترتب عليه الحد أو التعزير : بأن يقدفها بالزنا في القبل أو الدبر، لأن كلاً قذف يجب به الحد) .

(٤) جاء في المغني : ١٣٢/١١ : (وإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً، ثم قذفها وبينهما ولد يريد نفيه، فله أن يلاعن لنفيه، ولا حد عليه، وإن لم يكن بينهما ولد، حد ولا لعان بينهما، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان، لأنها أجنبية) .

(٥) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٤٨/٥ : (أن من تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ثم قذفها، لم يلاعن لعدم الزوجية، إذ أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ... وقال الشافعي : يلاعنها إذا كان القذف بنفي الولد، لأن القذف إذا كان بنفي الولد تقع الحاجة إلى قطع النسب) .

١٧١- مسألة: فرقة اللعان لا تقع إلا بلعانهما^(١)، وحكم الحاكم، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: بلعانها، وبه قال مالك، وقال الشافعي: بلعان الزوج خاصة^(٢) وجه الأولى وهي اختيار الخرقى وأبي بكر: أنها فرقة يفتقر سببها إلى حكم حاكم أشبه فرقة العنين.

١٧٢- مسألة: فرقة اللعان فسخ^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: طلاق. دليلنا: أنها فرقة تحرم العقد تحريماً لا يرتفع بزواج وأصابة أشبه الرضاع ووطء أم الروجة، وشراء الزوجة والردة.

١٧٢- مسألة: فرقة اللعان مؤبدة^(٤) لا ترتفع بتكذيبه نفسه، وبه قال أكثرهم، خلافاً لأبي حنيفة وإحدى الروايتين. دليلنا: أنها محرمة باللعان فلا تحل له، كما لو لم يكذب نفسه.

١٧٢- مسألة: إذا قذف زوجته برجل بعينه فعليه الحد لهما، ويسقط بلعانه، سواء ذكره في لعانه أو لم يذكره^(٥)، وقال أبو حنيفة ومالك: يلاعن للزوجة

- (١) جاء في الكافي: ٢٨٩/٣: (الحكم الثالث: الفرقة، وفيها روايتان: إحداهما: لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما، والثانية: تحصل الفرقة بمجرد لعانهما، لأنه معني يقتضي التحريم المؤبد، فلم يقع علي تفريق الحاكم كالرضاع).
- (٢) جاء في المهذب: ٤٧٢/٤: (وإن كان اللعان في نكاح صحيح وقعت الفرقة).
- (٣) جاء في المغني: ١٤٧/١١: (وفرقة اللعان فسخ، وبهذا قال الشافعي ... وقال أبو حنيفة: هي طلاق، لأنها فرقة من جهة الزوج، تختص النكاح فكانت طلاقاً).
- (٤) جاء في الكافي: ٢٩٠/٣: (الحكم الرابع: التحريم المؤبد ثبت لما روي سهل بن سعد، قال: مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً، رواه الجوزجاني، ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الجلد والتكذيب فلم يرتفع بها كتحريم الرضاع).
- (٥) جاء في المغني: ١٨١/١١: (وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه، فقد قذفها، وإذا لعنها سقط الحد عنه لهما سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره، وإن لم يلاعن، فلكل واحد منهما المطالبة، وأيهما طالب حد له، ومن لم يطالب، فلا يحد له، كم لو قذف رجلاً بالزنا بامرأة معينة، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك... وقال بعض أصحابنا: القذف للزوجة وحدها، ولا يتعلق بغيرها حتى في المطالبة ولا الحد).

ويحد للأجنبي، وعن الشافعي قولان : أحدهما: يجب حد واحد لهما، والثاني: يجب لكل واحد حد، فإن ذكر المقذوف لعانه سقط الحد، وإن لم يذكره فعلى قولين، أحدهما: يستأنف اللعان^(١) وإلا أقيم عليه الحد. والثاني: يسقط حده. دليلنا: أن اللعان حجة تثبت صدقه في أحد طرفي الزنا فأثبتته في الطرف الآخر كالبينة.

١٧٢٣ - مسألة: إذا قال لزوجته: زنا بك فلان مكرهه، لاعن لنفي النسب، وفيه رواية أخرى^(٢): لا يلاعن حتى يقذفها وإلا لزمه الولد، وعن الشافعي^(٣) كالمذهبيين. دليلنا: أنه رماها بوطء لو كان منه ولد لحق به فكان له سبيل إلى التخلص منه كالمطوعة.

١٧٢٤ - مسألة: يصح اللعان لنفي الولد الميت^(٤) سواء تقدم الرمي للموت أم تأخر عنه، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا ينفي نسبه. دليلنا: أنه ولد يصح نفيه في حال الحياة فصح بعد الموت، كما لو خلف للولد ولداً.

(١) جاء في الحارثي: ٧٢/١٤: (قال الماوردي: وهكذا كما قال: إذا سمي في قذف زوجته الزاني بها، فقال: زنا بك فلان، سقط حد القذف عنه إذا ذكره في لعانه علي ما وصفه الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يسقط حد قذفه بذكره في لعانه، فإن قدمت الزوجة المطالبة فلاعن منها، حد بعده للأجنبي وإن قدم الأجنبي المطالبة فحد له لم يلاعن من زوجته، وبناء علي أصله في أن المحدود في القذف لا يلاعن).

(٢) جاء في الإنصاف: ٢٤٥/٩: (فإن قال وطأت بشبهة أو مكرهه: فلا لعان بينهما وهو إحدي الروايتين ونص عليه، إختاره الخرقى والمصنف، وجزم به في الوجيز، وعنه إذا كان ثم ولد لاعن لنفيه، وإلا فلا ينتفي بلعانه وحده).

(٣) جاء في الحاوي: ١٢٨/١٤: (أن يقول لها: زني وأنت مستكرهه علي الزنا فهذا ليس بقاذف، لأنه مانسبها إلي مايعرها، فلم يجب عليه حد القذف، ولا تعزيره، وفي تعزيره للأذي وجهان: أحدهما: لا يعزر لانتفاء معرة الزنا، والثاني: يعزر للأذي، لأن فيه أذى بما أضاف إليها).

(٤) جاء في المغني: ١٥٦/١١: (وإن مات أحد التوأمين أو ماتا معاً، فله أن يلاعن لنفي نسبهما، وبهذا قال: الشافعي.. وقال أبو حنيفة: يلزمه نسب الحي، ولا يلاعن إلا لنفي الحد، لأن الميت لا يصح نفيه باللعان).

١٧٢٥ - مسألة: إذا نفى نسب ولده ثم مات فأقر به لحق نسبه به، ذكره أبو بكر في الخلاف، وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم لا يلحق به إلا أن يكون قد خلف الولد ولداً^(١) دليلنا: أن من صح الإقرار به إذا خلف ولداً صح وإن لم يكن له ولد كالحي.

١٧٢٦ - مسألة: إذا أقر بولد ثم جحده وقال: هو من الزنا، لحقه النسب، وعليه الحد لقذفها، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يثبت النسب ويلاعن لأجل قذفه. دليلنا: أنه أكذب نفسه بيقين فهو كقوله: زنت مازنيت، فإنه لا يسقط ماوجب عليه كذلك هاهنا.

١٧٢٧ - مسألة: إذا أقر بالحمل لم يثبت نسبه وله أن ينفيه بعد الوضع، وقال أبو حنيفة والشافعي: يثبت، إلا أنهما يختلفان في لعانه بعد ثبوته، فعند أبي حنيفة يصح لعانه بعد ثبوته. دليلنا: أن الحمل غير متحقق فيحصل كانه إقرار معلق بشرط فلا يصح كقوله: إن دخلت الدار فهذا الولد مني.

١٧٢٨ - مسألة: إذا قال للرجل يازانية، فهو قاذف، ذكره أبو بكر في الخلاف^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وأصحاب مالك، وقال ابن حامد: لا يكون قذفاً، وبه قال

(١) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٥١٥/٢: (إذا إدعى الولد بعد اللعان والفرقة.. قال أصحابنا يلتحق به النسب إن كان حياً، وإن كان ميتاً لم يثبت ويضرب الحد، فإن كان الود قد ترك ولداً، نت النسب بدعوته، وقال مالك: إذا كان الولد الملاعن به ميتاً لم يصدق على الدعوة وحد).

(٢) جاء في المغني: ٣٩٦/١٢: (إذا قال لرجل يازانية، أو لامرأة يازان، فهو صحيح في قذفها، اختاره أبو بكر، وهو مذهب الشافعي.. واختار ابن حامد: أنه ليس بقذف إلا أن يفسره به، وهو قول أبي حنيفة، لأنه يحتمل أن يريد بقوله يازانية - أي بإعلامه في الزنى، كما يقال لعالم علامة).

(٣) جاء في المذهب: ٤٠٤/٥: (وإن قال لامرأته: يازاني فهو قذف لأنه صرح بإضافة الزنا إليها وأسقط الهاء للترخيم.. وإذا قال لرجل: يازانية فهو قذف).

أبو حنيفة. دليلاً: أن ما كان قذفاً في أحد الجنسين كان قذفاً في الآخر كقوله للمرأة: يازانية.

١٧٢٩ - مسألة: إذا قال زناً في الجبل فهو قذفاً، ذكره أبو بكر في الخلاف^(١)، ولم يفرق بين أن يكون المتكلم بذلك من أهل العربية أو غيرها، وقال ابن حامد: إن كان من أهل العربية لم يكن قاذفاً، إلا أن يقول نويته، وإن لم يكن من أهلها كان قاذفاً، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وقال الشافعي: هو كناية في حق عموم الناس^(٣)، وجه قول أبي بكر: أن العرب قد تهمز بما ليس بمهموز، كقولهم: لبأت بالحج، وحلأت بالسويق بالسكر، وتلين ما أصله الهمز هكذا ذكره صاحب الإصلاص، كقولهم: البرية والروية، وإذا كان كذلك ولم يخرج ذلك عن موضوعه، كذلك هاهنا.

١٧٣٠ - مسألة: إذا قذف الجماعة بكلمة واحدة^(٤)، يحد واحد، وإن كان بكلمات

(١) جاء في المغني: ٣٩٦/١٢: (وإن قال: زناً مهموزاً، فقال أبو بكر وأبو الخطاب: هو قذف، لأن عامة الناس لا يفهمون من ذلك إلا القذف فكان قذفاً.. وقال الشافعي ومحمد بن الحسن: ليس بقذف، قال الشافعي: ويستحلف على ذلك).

(٢) جاء في المسحوط: ١٢٧/٦: (قال: وإن قال زناً في الجبل، وقال: عني الصعود فيه، عليه الحد، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ولا حد عليه في قول محمد).

(٣) جاء في المهذب: ٤٠٤/٥: (فإن قال: زناً في الجبل فليس بقذف من غير نية، لأن الزناً هو الصعود في الجبل، والدليل عليه قول الشاعر: وأرق إلى الخيرات زناً في الجبل وإن قال: زناً، ولم يذكر الجبل، ففيه وجهان: أحدهما: أنه قذف، لأنه لم يقرن به ما يدل على الصعود، والثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة - رحمه الله - أنه إن كان من أهل اللغة فليس بقذف).

(٤) جاء في الكافي: ٢٢٣/٤: (وإن قذفهم بكلمة واحدة، ففيه ثلاث روايات: إحداهن: عليه حد واحد، لأن كلمة القذف واحدة فلم يجب بها أكثر من حد واحد، كما لو كان المقذوف واحداً، وزنه بالحد الواحد يظهر كذبه، ويزول عار القذف عن جميعه، فعلى هذا لو طلبه الجميع أقيم لهم، وإن طلبه واحد أقيم له أيضاً، وله مطالبته لغيره.. والثاني: عليه لكل واحد حد لأنه قذفهم فلزمهم الحد له.. والثالثة: إن طلبوه جملة فحد واحد، وإن طلبوه متفرقاً أقيم لكل مطالب مرة..).

فحدود، وفيه رواية أخرى: عليه لكل واحد حد في الموضعين، وعن الشافعي^(١) كالمذهبين، قال أبو حنيفة: يجب لجماعتهم حد واحد، وقد روي عن أحمد: إن جاؤا مجتمعين فحد واحد، وإن جاؤا متفرقين فحدود، فالدلالة على أنه يجب حد واحد إذا كان بكلمة واحدة خلافاً للشافعي في أحد قوليه، وإلحدى الروایتين: أنها حدود ترادفت من جنسين، فجاز أن تتداخل كحدود الزنا والسرقه والشرب.

فصل: والدلالة على أنه لا يتداخل إذا كان بكلمات خلافاً لأبي حنيفة أنها عقوبة لقول المنكر والزور، فجاز أن لا يتداخل ككفارة الظهار.

١٧٣١ - مسألة: إذا قذف محصناً في الظاهر فقبل إقامة الحد زنى المقدوف لم يسقط الحد^(٢)، وبه قال داود والمزني، وقال أكثرهم: يسقط الحد^(٣). دليلنا: أنه معنى يسقط الحصانة فظهر بأنه في الثاني لا يسقط، دليله: ردة المقدوف.

١٧٣٢ - مسألة: إذا رماها في الزنا في طهر جامعها فيه كان له نفيه باللعان، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال مالك في إحدى الروایتين: له أن يلاعن لإسقاط الحد

(١) جاء في المذهب: ٤١١/٥: (وإن قذف جماعة نظرت، فإن كانوا جماعة لا يجوز أن يكون كلهم زناة كأهل بغداد لم يجب الحد).

(٢) جاء في المغني: ٣٩٨/١٢: (ومن قذف رجلاً فلم يقيم عليه الحد حتى زنى المقدوف لم يزل الحد عن القاذف، وبهذا قال الثوري، وأبو ثور، والمزني، وداود، وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا حد عليه، لأن الشروط تعتبر إستدامتها إلي حالة إقامة الحد، بدليل أنه لو إرتد أم جن لم يقيم عليه الحد، ولأن الزما منه يقوى قول القاذف، ولنا: أن الحق قد وجب وتم بشروطه، فلا يسقط بزوال شرط الوجوب).

(٣) جاء في المذهب: ٤٠١/٥: (وإن قذف محصناً، ثم زنا المقدوف، أو وطأ وطأ زال به الإحصان، سقط الحد عن القاذف، وقال المزني وأبو ثور: لا يسقط، لأنه معنى طراً بعد وجوب الحد، فلا يسقط ماوجب من الحد، كردة المقدوف).

(٤) جاء في حلية العلماء: ٩٧١/٢: (إذا قذف زوجته في طهر جامعها فيه جاز أن يلتعن منها، ويبقي الولد، وكذلك لو أصابها بعد القذف. وحكى عن مالك في الحاوي: أنه إذا قذفها في طهر قد جامعها فيه، لاعتن لإسقاط الحد دون نفي النسب.. وإن وطئها بعد القذف لم يلتعن ويجعل وطئه تكديماً لنفسه).

خاصة لا لنفي النسب. دليلنا: أنه رماها بزنا لو أتت فيه بولد لحق به فكان له نفيه باللعان لو لم يطأها في الطهر.

١٧٣٣ - مسألة: التعريض يوجب الحد، وفيه رواية أخرى: لا يجب إلا أن ينوي به القذف،^(١) وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣): لا يجب في الحالتين. دليلنا: «أن نفسين إستبَّأ على عهد عمر، فقال أحدهما: ما أُمي بزانية ولا أبي بزاني، فترافعا إلى عمر، فشاور الصحابة في ذلك، فقال بعضهم: رجل مدح أباه وأمه، وقال الآخرون: قد كان له سبيل إلى مدحهما بغير ذلك نرى عليه الحد، فجلده عمر ثمانين»^(٤)، وهذا إجماع، لأن الباقيين لم يجيبوا على هذه الشبهة، ولأنه يعقل منه القذف أشبه الصريح، وإذا قال نويته على الشافعي.

١٧٣٤ - مسألة: إذا شهد على المرأة أربعة بالزنا، منهم الزوج لم تصح الشهادة، وعليهم الحد^(٥)، إلا أن للزوج أن يسقطه باللعان، وبه قال مالك^(٦)، وقال

(١) جاء في المغني: ٣٩٢/١٢: (وأختلفت الرواية عن أحمد في التعريض بالقذف، مثل أن يقول لمن يخاصمه: مأتت بزنا، ما يعرفك الناس بالزنا... أو يقول: ماأنا بزنا، ولا أُمي بزانية.. فروى عن حنبل: لا حدَّ عليه وهو ظاهر كلام الخرقى، واختاره أبو بكر، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، لأن كل كلام يحتمل معنيين لم يكن قذفاً. وروى الأثرم وغيره عن أحمد: أن عليه الحد، وروي ذلك عن عمر، وبه قال إسحاق).

(٢) جاء في المذهب: ٤١٦/٥: (وإذا عرَّض بالقذف وإدعي المقدوف أنه أراد قذفه، وأنكر القاذف، فالقول قوله، لأن مايدعيه محتمل، والأصل براءة الذمة).

(٣) جاء في المبسوط: ١٢٠/٩: (وإذا عرَّض بالزنا، فقال أما أنا فلست بزنا، فلا حد عليه عندنا.. وقال مالك رحمه الله: يحد.. والاختلاف بين الصحابة - رضوان الله عليهم - فعمرو - رضي الله عنه - كان لا يوجب الحد في مثل هذا..).

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه: ٢٠٩/٣.

(٥) جاء في الكافي: ٢٢٧/٤: (وإن شاهد ثلاثاً وزوج المرأة، حد الثلاثة، لأن الزوج غير مقبول الشهادة على زوجته بالزنا، لإقراره على نفسه بعداوتها، لجنايتها عليه بإفساد فراشه، وإدخال العار عليه، وعلى الزوج الحد إلا أن يسقطه عنه بلعان).

(٦) جاء في المدونة: ٤٨٢/٤: (قلت رأيت إذا شهد على المرأة أربعة بالزنا، أحدهم زوجها، قال: قال مالك: يضرب الثلاثة الحد ويلاعن الزوج. قلت: لم...؟ أليس الزوج شاهداً؟ قال: لا، لأن الزوج عند مالك قاذف..).

أبوحنيفة : عليها الحد . دليلنا : أنه شهد عليها بالخيانة فيما هي أمانة فيه في حقه فلا يقبل، كما لو شهد على المودع والشريك والمضارب، وكما لو سبق منه القذف ثم شهد .

١٧٣٥ - مسألة : إذا حكم الحاكم بالفرقة قبل إكمال اللعان لم تصح الفرقة^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٢) : تصح إذا مضى معظم ألفاظ اللعان . دليلنا : أن حكم بالفرقة قبل إكمال اللعان أشبه إن لم تمض معظم الألفاظ، أو حكم يخالف الإجماع أشبه ما ذكرنا، وبيانه : أنه ممنوع بالإجماع من هذا الحكم، وإنما قالوا إن حكم صح حكمه .

١٧٣٦ - مسألة : إذا قذفها فصدقته، سقط اللعان سواء كان هناك ولد أو لم يكن^(٣)، وبه قال أبو حنيفة^(٤) : وقال أكثرهم إن كان هناك ولد لاعتن لنفيه، وإن لم يكن ولد لم يلاعن إلا أن يعود فتذكر . دليلنا : أنه معنى يتخلص به القاذف من قذفه يقف على لفظ الشهادة فلا يثبت مع الإقرار كالبينة .

(١) جاء في المغني : ١٤٦/١١ : (فإن قلنا : إن الفرقة تحصل بلعانهما، فلا نحصل إلا بعد إكمال اللعان منهما، وإن قلنا لا تحصل إلا بتفريق الحاكم، لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما، فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلاً، ووجوده كعدمه، وبهذا قال مالك والشافعي . لا تقع الفرقة حتى يكمل الزوج لعانه . وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن : إذا فرق بينهما بعد أن لاعتن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنة، والفرقة جائزة، وإن فرق بينهما بأقل من ثلاثة، فالفرقة باطلة) .

(٢) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٥٧/٥ : (فإن فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة، فإن أخطأ القاضي ففرق قبل تمام اللعان . ينظر إن كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان، نفذ التفريق، وإن لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ) .

(٣) جاء في شرح منتهي الإرادات : ٢٠٧/٣ : (ويسقط ما لزمه بقذفها بتصدقها إياه) .

(٤) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٥٤/٥ : (ولو أكذبت المرأة نفسها في الإنكار، وصدقت الزوج في القذف، فلا حد ولا لعان) .

١٧٣٧- مسألة: إذا ماتت الزوجة قبل اللعان سقط، وبه قال أبو حنيفة^(١)، وقال الشافعي: إن كان هناك ولد صح اللعان^(٢) لنفيه والمنصوص. دليلنا في هذه المسألة والتي قبلها مبنية عليها. دليلنا: أنه قد تعذر اللعان من جهتها، أشبه إذا كانت صغيرة.

١٧٣٨- مسألة: إذا لاعنت قبل الزوج لم تعتد به^(٣)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٤) دليلنا: أنها حالة لو امتنعت فيها من اللعان لم يلزمها عقوبة أشبه قبل القذف، وعكسه بعد اللعان فإن هناك يلزمها عقوبة هي الحبس.

١٧٣٩- مسألة: نفي الولد على الفور^(٥)، وقال أبو حنيفة: لا يحكم بأنه مقر به إلا باعتراف، أو يوجد منه ما يدل على الإقرار كقبول الهدية، وشراء الحوائج التي تصلح للولد، أو تمضي مدة التهنئة، وقال مالك: إذا لم ينفيه حتى وضعت

(١) جاء في المغني لابن قدامة: ١٣٩/١١: (وإن ماتت المرأة قبل اللعان، فقد ماتت على الزوجية، ويرثها في قول عامة أهل العلم، وروي عن ابن عباس: إن التعن لم يرث، لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها فمنع التوارث، ولنا: أنها ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن).
(٢) جاء في المذهب: ٤٧٣/٤: وإذا ماتت الزوجة قبل لعان الزوج، وقعت الفرقة بالموت وورثها الزوج لأن الزوجية بقيت إلى الموت، وإن كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه لأن الحاجة داعية إلى نفيه.. فإن طالبه ورثها بحد القذف لاعن لإسقاطه).

(٣) جاء في الكافي: ٢٨٢/٣: (الرابع: الترتيب على ما ورد به الشرع، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به، لأنه خلاف ماورد به الشرع، ولأن لعان الرجل بينة على الإثبات..).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ٢١٤٠/٥: (فإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة قبل الرجل، ينبغي له أن يعيد اللعان على المرأة، لأن اللعان شهادة، والمرأة بشهادتها تقدر في شهادة الزوج، فلا يصح قبل وجود شهادته، فإن لم يعد لعانها حتى فرق بينهما، نفذت الفرقة، لأن تفرقه صادف محل اجتهد، لأنه يزعم أن اللعان ليس بشهادة، بل هو يمين، ويجوز تقديم أحد اليمينين علي الآخرى).

(٥) جاء في المغني: ١٦٢/١١: (وإن ولدت امرأة ولداً فسكت عن نفيه مع إمكانه، لزمه نسبه وبم يس له نفيه بعد ذلك، وبهذا قال الشافعي.. وقال أبو حنيفة: له تأخير نفيه يوماً ويومين استسناً).

فقد اعترف به، وعن الشافعي قولان، أحدهما: كقولنا، والثاني: له نفيه إلى ثلاثة أيام^(١) دليلنا: أنه أمسك عن نفي نسب متحقق مع القدرة عليه فلا يملك نفيه كما لو مضت الثلاث، أو يقول: فكان إقراراً به كما لو قبل التهنئة على أبي حنيفة.

١٧٤٠ - مسألة: حد القذف حق لآدمي، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣): هو حق لله. دليلنا: أنه حق لا يستوفيه إلا بعد مطالبة آدمي فهو كالدين، ولأنهم قد قالوا تصح دعواه ويستحلف فيه، ويحكم فيه ولا يقبل فيه الإنكار بعد الإقرار أشبه ما ذكرنا.

١٧٤١ - مسألة: إذا مات المقذوف قبل المطالبة بحد القذف، لم يورث عنه^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، إلا أن أبي حنيفة قال: وإن طالب أيضاً. وقال أكثرهم:

(١) جاء في المذهب: ٤٥٢/٤: (وإن كان الولد منفصلاً ففي وقت نفيه قولان، أحدهما: له الخيار في نفيه ثلاثة أيام، لأنه قد يحتاج إلى الفكر والنظر فيما يقدم عليه من النفي فجعل الثلاثة حداً، لأنه قريب... والثاني: وهو المنصوص في عامة الكتب أنه على الفور، لأنه خيار غير مؤد لدفع الضرر فكان على الفور كخيار الرد بالعب).
(٢) جاء في الكافي: ٢٢٢/٤: (والحد في القذف والتعزير الواجب بما دون حق للمقذوف يستوفى إذا طالب، ويسقط إذا عفى عنه).

(٣) نستطيع القول كما قال الفقهاء: (إن حد القذف، حد مشترك بين حق الله سبحانه وتعالى، وحق العبد، أما كونه حق الله تعالى: فمن حيث أن نفعه يقع عاماً بإخلاء المجتمع من الفساد. وأما كونه حق العبد: فلأن فيه صيانة للعرض ودفع العار عن المقذوف... ولقد اختلف الفقهاء في أي منهما تقدمه:

أ - ذهب الحنفية: إلى تغليب حق الشرع على حق العبد.
ب - و ذهب الجمهور: إلى تغليب حق العبد على حق الشرع).
أنظر: الهداية: ٤٩١/٥، وروضة الطالبين: ٣٢٥/٨، ونهاية المحتاج: ٤٣٧/٧.

(٤) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣٥٦/٣: (فإن مات المقذوف ولم يطالب القاذف بالحد، سقط كالشفيع إذا مات قبل طلب الشفعة، وإلا بأن طالب به مقذوف قبل موته فلا يسقط للعلم بقيامه على حقه، فيقوم وارثه مقامه فيه، وحد القذف لجميع الورثة حتى الزوجين).

يورث. (١) دليلنا: أنه ليس بمال ولا يؤول إلى مال ، أشبه خيار القبول والإقالة .

١٧٤٢ - مسألة : إذا سب أم النبي ﷺ ، قُتِلَ ولم تقبل توبته (٢) ، وفي الذمي إذا سب أم النبي ﷺ ، ثم أسلم روايتان ، أحدهما : تقبل ، والأخرى : لا تقبل ، وبهذا التفصيل قال مالك . وقال أكثرهم : تقبل توبته في الحاليين . دليلنا : أنه حد وجب لقذف آدمي ، فلا يسقط بالتوبة كقذف غير النبي ﷺ .

١٧٤٣ - مسألة : إذا قال لمن ثبت زناه في الجاهلية : يا زان ، لم يلزمه (٣) الحد ، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك . دليلنا : أنه قذف من ثبت زناه أشبه إذا قال زنت في الجاهلية .

١٧٤٤ - مسألة : لا يلزم الأب الحد بقذفه لولده (٤) ، وبه قال أكثرهم (٥) خلافاً

(١) جاء في المذهب: ٥/٢١٠ : (وإذا مات من له الحد أو التعزير، وهو ممن يورث إنتقل إلى الوارث، رفيمن يرثه ثلاثة أوجه، أحدهما: أنه يرثه جميع الورثة، لأنه موروث فكان لجميع الورثة كالمال .. والثاني: أنه لجميع الورثة إلا لمن يرث بالزوجة، لأن الحد يجب لدفع العار، ولا يلحق الزوج عار بعد الموت. الثالث: أنه يرث العصبات دون غيرهم، لأنه حق ثبت لدفع العار فاخص به العصبات كولاية النكاح).

(٢) جاء في المغني: ١٢/٤٠٤ : (مسألة: قال: ومن قذف أم النبي ﷺ قُتِلَ، مسلماً كان أو كافراً، يعني أن حده القتل .. ولاتقبل توبته، نص عليه أحمد، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى: أن توبته تقبل، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، مسلماً كان أو كافراً، لأن هذا منه ردة، والمرتب يستتاب، ونصح توبته .. واختلفت الرواية عن أحمد، فيما إذا كان القاذف كافراً، فأسلم فروي أنه لا يسقط بإسلامه، لأنه حد قذف، فلم يسقط بالإسلام، وروي أنه يسقط).

(٣) جاء في المغني: ١٢/٤٠٢ : (فأما إذا ثبت زناه ببينة أو إقرار، أو حد بالزنا فلا حد على قاذفه، لأنه صادق ولأنه إحصان المقدوف قد زال بالزنا، ولو قال لمن زنى في شركة فلا حد عليه إن فسره بذلك، وقال مالك عليه الحد).

(٤) جاء في الكافي: ٤/٢١٧ : (الثالث: ألا يكون القاذف والدأ، فإن قذف والد ولده وإن سفل فلا حد عليه أباً كان أو أمأ، لأنها عقوبة تجب لحق الأدمي، فلم تجب لولد على والده كالقصاص).

(٥) جاء في نهاية المحتاج: ٧/٤١٥ : (ولا يحد أصل: أب أو أم، وإن علا، بقذف الولد ومن ورثة الولد وإن سفل، كما لا يقتل به ولكنه يعزر للأذى).

لمالك، إلا أنه يكره له مطالبته . دليلنا: أنه بينهما ما يؤثر في القصاص، ونريد به إذا قتله حداً فأشبه الكفر والرق .

١٧٤٥ - مسألة : إذا قال : أخبرني فلان أنك زנית، فلا حد عليه، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال مالك : عليه الحد إلا أن يقيم البينة بالإخبار فتنتقل المطالبة إلى فلان . دليلنا: أنه لم يتحقق القذف، وإنما أخرج مخرج الخبر فلم يوجد شرط الوجوب .

١٧٤٦ - مسألة : إذا قذف أجنبياً فحد له، ثم أعاد ذلك القذف، لم يحد^(٢) له، وبه قال الشافعي خلافاً لابن القاسم من أصحاب مالك . دليلنا: أن الحد لإدخال العار بالقذف وهذا معدوم هاهنا لأننا قد حكمنا بكذبه فيه، والأشبه في هذه المسألة ما أجمع عليه الصحابة في قصة أبي بكر مع المغيرة .

١٧٤٧ - مسألة : إذا قال للرجل : يا زان، فقال آخر: صدقت، فالحد على الأول خاصة^(٣)، ذكره شيخنا، وقال زفر: عليهما الحد، ويخرج على المذهب مثله بناءً على الحد بالتعريض . دليلنا: أنه يحتمل صدقت بما رميته، ويحتمل في غيره فلا تثبته بالشك .

(١) جاء في المذهب: ٤١٥/٥ : (وإن قال سمعت رجلاً يقول: إن فلاناً زنا لم يحد، لأنه ليس بقاذف وإنما هو حاك، ولا يسأله عن القاذف، لأن الحد يدرأ بالشبهة) .

(٢) جاء في الكافي: ٢٢٥/٤ : (وإن حد مرة ثم قذفه بذلك الزنا عزر ولم يحد، لأن أبا بكر شهد على المغيرة بالزنا فجلبه عمر، ثم أعاد أبو بكر القذف، فأراد عمر جلده، فقال علي: إن كنت تريد أن تجلبه فأرجم صاحبه، فترك عمر جلده .. يعني إذا نزلته منزلة أجنبي شهد بزناه، فقد كملت شهادة أربعة، فإن لم تجعله كشاهد آخر فلا تحده) .

(٣) جاء في المغني: ٣٩٤/١٢ : (وإذا قذف رجل رجلاً، فقال آخر: صدقت، فالمصدق قاذف أيضاً في أحد الوجهين، لأن تصديقه ينصرف إلى ما قاله بدليل ما لو قال: لي عليك ألف، فقال: صدقت، كان إقراراً بها .. وفيه وجه آخر: لا يكون قاذفاً وهو قول زفر لأنه يحتمل أن يريد تصديقه في غير القذف) .

١٧٤٨ - مسألة : لا يجب على قاذف العبد الحد، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لداود .
دليلنا : أنه أحد الإحصانين، فاعتبر فيه الحرية كإحصان الرجم .

١٧٤٩ - مسألة : إذا قال لعربي النسب : يانبطي، أو يافارسي، أو يارومي، فلا حد عليه^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك وإحدى الروايتين . دليلنا : أنه يحتمل يانبطي النسب، ويحتمل اللسان والدار، فلا يجب بالشك .

١٧٥٠ - مسألة : إذا قذف من لم يحكم ببلوغه، إلا أنه يصح منه المجامعة فعليه الحد^(٣) خلافاً لأبي حنيفة والشافعي . دليلنا : إن ابنة تسعة سنين بلغت زماناً يصح فيه وجود الحيض أشبه خمسة عشر سنة .

١٧٥١ - مسألة : إذا قال لمرأة : زנית، فقالت : بك زנית، لم يكن قذفاً^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥) خلافاً لمالك . دليلنا : أن الإقرار بالزنا إذا كان مضافاً إلى

(١) جاء في المذهب : ٣٩٨/٥ وما بعدها : (وإذا قذف غير المحصن لم يجب عليه الحد لقوله عز وجل : «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» ، فدل على أنه إذا قذف غير محصن لم يجلد . . والمحصن الذي يجب الحد بقذفه من الرجال والنساء من اجتماع فيه البلوغ والعقل والإسلام والحرية والعفة عن الزنا . وإن قذف مملوكاً لم يجب عليه الحد، لأن نقص الرق يمنع كمال الحد، فيمنع وجوب الحد على قاذفه) .
أنظر : شرح منتهى الإرادات : ٣٥١/٣ ، تحفة الفقهاء : ١٤٥/٣ .

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات : ٣٥٥/٣ : (وقوله لعربي : يانبطي، أو يافارسي، أو يارومي، وقوله لأحدهما - أي لنبطي وفارسي أو رومي : يا عربي .. قال أحمد في رواية حنبل : لا أرى الحد إلا على من صرح بالقذف) .

(٣) جاء في المذهب : ٤٠٨/٥ : (وإن قال لعربي : يانبطي .. عن ابن مسعود أنه قال : لا حد إلا في إثنين قذف محصنة ونفي رجل من أبيه) .

(٤) جاء في المغني : ١٩١/١١ : (ولو قال لامرأته : يازانية، فقالت : بك زנית، فلا حد عليها، ولا حد عليه .. وقال أصحاب الشافعي : عليه حد القذف، لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفي الزنا عن نفسها) .

(٥) جاء في المذهب : ٤٠٣/٥ : (وإن قال لامرأته : يازانية، فقالت : بك زנית، لم يكن قولها قذفاً له من غير نية، لأنه يجوز أن تكون زانية ولا يكون هو زانياً بأن وطئها وهو يظن بأنها زوجته، وهي تعلم أنه أجنبي . ولأنه يجوز أن تكون قصدت نفي الزنا) .

معين لم يكن قذفاً، كقوله زنيت بفلانة، وقد دل على الأصل قوله ﷺ لماعز: «الآن أقررت أربعاً فبمن؟»^(١)، فلو كان ذلك قذفاً لم يسأله عنه ويستدعيه.

فصل: إذا ثبت أنه ليس بقذف فهو إقرار صحيح فيسقط الحد عن القاذف، ويوجب الحد عليها إذا تكرر، وقال الشافعي: ليس بإقرار ولا يسقط حد القذف. دليلنا: أنه إقرار صريح، أشبه إذا ابتدأت فقالت زنيت، وقد دل على الوصف أنها لو ابتدأت فقالت: زنيت بفلان كان صريحاً في الإقرار.

١٧٥٢ - مسألة: إذا وجب على نمي أو مرتد حد القذف ثم لحق بدار الحرب، ثم عاد، لم يسقط الحد عنهما، وبه قال الشافعي، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه حد وجب عليهما فلا يسقط بلحقهما بدار الحرب كما وجب على مسلم ثم دخل دار الحرب بأمان.

١٧٥٣ - مسألة: الأمة تصير فراشاً بالوطء، فما تأتي به من الأولاد يلحق به، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يلحق إلا باعترافه.^(٢) دليلنا: ما روي أن سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة، اختصما في ابن وليدة زمعة، فقالا: يارسول الله إن أخي عتبة عهد إليّ أنه ألم بها في الجاهلية، وقال عبد: يارسول الله: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراش أبي، فقال النبي ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر، واحتجبي ياسوداء»^(٣)، وروي أنه قال: «هو لك

(١) أخرجه أبو داود في سننه: ٤٥٦/٢ كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك
(٢) جاء في الكافي: ٢٩٩/٣: (ومن ملك أمة لم تصر فراشاً بنفس الملك، لأنه قد يقصد بملكها التمول، أو التجمل، أو التجارة، أو الخدمة، فلم يتعين لإرادة الوطء، فإن أتت بولد ولم يعترف به لم يلحقه نسبه، لأنه لم يولد على فراشه، فإذا وطئها صارت فراشاً له، فإذا أتت بولد لمدة الحمل من حين يوم الوطء لحقه).
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه: ١٠٨٠/٢، وأحمد في مسنده: ٢٣٧/٦.

ياعبد»^(١)، ولأنه وطء صادف من ليست بفراش له ولا يوجب الحد فأنبت الفراش كوطء الشبهة.

١٧٥٤ - مسألة: إمكان الوطء شرط في لحوق النسب من الزوجة، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها أتت بولد لا يمكن أن يكون منه أشبه زوجة الصبي للطفل، ولأنه أحد الإمكانين فكان معتبرا كالإمكان في المدة وهو مضي ستة أشهر.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه: ٢٤٩٩/٦، وأحمد في مسنده: ٢٠٠/٦.

كتاب العدد^(١)

١٧٥٥ - مسألة: الأقرء^(٢) التي ذكرها الله تعالى في القرآن لإنقضاء العدة هي الحيض^(٣)، وبه قال من الصحابة عمر وابن مسعود، ومن الفقهاء أهل العراق، وفيه رواية أخرى: أنها الأطهار، وبه قال ابن عمر، وعائشة، وزيد بن ثابت، ومالك، والشافعي من الفقهاء وجه الأولى: ماروى ابن عمر وعائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان وعدتها حيضتان»^(٤)، ولأن ما جعل لبراءة الرحم ولم يعتبر الشهور، والحمل أعتبر بالحيض كالإستبراء للأمة.

(١) العدة في اللغة: بالكسر مصدر الإحصاء للعدد، قال تعالى: ﴿فعدتھن ثلاثة أشهر﴾، أنظر: لسان العرب: ٢٨١/٣، القاموس المحيط: ٣٢٤/١.

وشرعاً: مدة معلومة تترى فيها المرأة لتعرف براءة رحمها، وذلك يحصل بوضع حمل أو مضي أقرء أو أشهر. أنظر: كشف القناع: ٤١١/٥.

(٢) اختلف أهل اللغة فيما ينطلق عليه إسم: القرء، على أربعة أقوال:

- أ - يطلق على الحيض حقيقة، ويستعمل في الطهر مجازاً.
- ب - أنه يطلق على الطهر حقيقة، ويستعمل في الطهر مجازاً.
- ج - أنه اسم مشترك يطلق الطهر حقيقة، وعلى الحيض حقيقة كالأسماء المشتركة التي تقع على متضادين متعاقبين.
- د - أنه إسم يطلق على الانتقال من معتاد إلى معتاد، فيتناول الانتقال من الحيض إلى الطهر، والانتقال من الطهر إلى الحيض.

أنظر: لسان العرب: ١٣٢/١، تاج العروس: ١٠٢/١، معجم مقاييس اللغة: ٧٢/٥.

وأما الفقهاء اتفقوا على إقرء العدة أحد الأمرين:

- أ - قال أبو حنيفة: المراد بالإقرء الحيض دون الطهر.
- ب - قال الشافعي: المراد بالإقرء الأطهار.

(٣) جاء في الكافي: ٣٠٣/٣ (وفي القرء روايتان. إحداها: الحيض لقول النبي ﷺ: «طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان»... والثانية: القروء الأطهار).

(٤) أخرجه أبو داود في السنن: ٢٥٧/٢، والترمذي في الجامع: ٤٨٨/٣، وابن ماجه في السنن: ٦٧٢/١، والدارقطني في السنن: ٣٩/٤، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٦٩/٧.

١٧٥٦ - مسألة: إذا تأخر حيض المرأة لعارض فإنها تنتظره حتى يعود، فتعتد به، أو تئأس فتعتد بالأشهر، وإن كان لغير عارض اعتدت سنة^(١)، وبه قال مالك والشافعي في القديم، وقال في الجديد: تنتظره حتى تئأس، في الموضعين، وبه قال أبو حنيفة. دليلنا: أن حيضها تعذر لغير عارض فاعتدت بالشهور كما لو بلغت سنًا تحيض في مثله فلم تحض.

١٧٥٧ - مسألة: إذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة^(٢) لم تنقض العدة حتى تغتسل، وقال أبو حنيفة: الانقطاع لأكثره تنقضي به العدة وإن لم تغتسل. دليلنا: ما روى الشعبي عن بضعة عشر من أصحاب النبي ﷺ أنهم قالوا: له الرجعة ما لم تغتسل، ولأنها ممنوعة من الصلاة لحدث الحيض المحتسب به من إقراءها، فأشبهه إذا انقطع لأقله.

١٧٥٨ - مسألة: إذا طلقها وقد أتى عليها زمان الحيض فلم تحض، إعتدت سنة، وفيه رواية أخرى: ثلاثة أشهر^(٣)، وبه قال أكثرهم^(٤) وجه الأولى: أنه تأخر حيضها عن وقته فلا تعتد بثلاثة أشهر، دليله تعذر وجود الحيض.

(١) جاء في المغني: ٢١٦/١١: (أما إذا عرفت أن ارتفاع الحيض بعارض، من مرض، أو نفاس، أو رضاع، فإنها تنتظر زوال العارض وعودة الدم وإن طال.. وإن لم يعرف لم تنقض عدتها إلا بعد سنة).

(٢) جاء في كشف القناع: ٤١٨/٥: (وإذا انقطع دمها من الحيضة الثالثة لم تحل للأزواج حتى تغتسل، وإن فرطت في الإغسال مدة طويلة.. قال أحمد: روي عن ابن عباس أنه كان يقول: إذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت منه).

(٣) جاء في الكافي: ٣٠٩/٣: (إذا أتى على الجارية سن تحيض فيه النساء غالباً كخمسة عشر فلم تحض فعدتها ثلاثة أشهر في إحدى الروايتين، لظاهر قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾ سورة الطلاق، آية ٤.. والأخرى: عدتها سنة، لأنه قد أتى عليها زمن الحيض فلم تحض، فأشبهت من ارتفع حيضها ولم تدر ما رفعه).

(٤) جاء في حلة العلماء: ١٠٠٢/٢: (وإن كانت ممن لا تحيض، ولكنها في سن تحيض فيه النساء، إعتدت بالشهر، وبه قال أبو حنيفة... وقال أحمد في إحدى الروايتين عنه: أنه إذا كانت في سن المحيض إعتدت بسنة غالب مدة الحمل تسعة أشهر، ومدة العدة ثلاثة أشهر).

١٧٥٩ - مسألة : المستحاضة إذا نسيت عاداتها فإنها تعتد سنة^(١)، وبه قال مالك، وقال أكثرهم ثلاثة أشهر^(٢) دليلنا: ما روي عن عمر أنه قال: «المستحاضة تعتد سنة»^(٣)، ولأنها ممن يحيض مثلها فإذا لم تعتد بالحيض لم تعتد بثلاثة أشهر كالذي تأخر حيضها بغير عارض، وهذا مركب لأن عندنا تعتد سنة.

١٧٦٠ - مسألة : زوجة الصبي إذا مات عنها وقد علقت من غيره فعدتها أربعة أشهر وعشراً^(٤)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة: تعتد بالحمل^(٥) دليلنا: أنه ولد ينتفي عنه قطعاً ويقيناً فلا تعتد به، كما لو ظهر بعد الموت.

١٧٦١ - مسألة : إذا أقرت المعتدة بإنقضاء عدتها بالإقرار ثم جاءت بولد لسته

(١) جاء في المغني: ٢١٩/١١: (في عدة المستحاضة: وإن كانت مبتدأة لتمييز لها، أو ناسية لا تعرف لها وقتاً ولا تمييزاً، فعن أحمد فيها روايتان؛ إحداهما، أن عدتها ثلاثة أشهر. وهو قول عكرمة، وفتادة، وأبي عبيد. والرواية الثانية: تعتد سنة بمنزلة من رفعت حيضتها لا تدري ما رفعها...)

(٢) جاء في الحاوي، كتاب العدد: ٢٢٥/١: (والقسم الثالث: أن تكون ناسية لقدر حيضها ووقته، فأمرها مشكل وكل زمانها شك، ولا يحكم لها في كل شهر بحيض، لجواز أن يكون في أكثر منه فعلى هذا تنقض عدتها بثلاثة أشهر كاملة من وقت طلاقها لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَشْنَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾، وهذه مرتابة، فتكون عدتها ثلاثة أشهر غير أنها تكون شهور إقرار، لا شهور إياس).

(٣) قال ابن قدامة في المغني: ٢١٩/١١: « قال أحمد: إذا كانت قد اختلطت ولم تعلم اقبال الدم وإداره اعتدت سنة لحديث عمر رضي الله عنه ».

(٤) جاء في المغني: ٢٣٥/١١: (وإذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته، فأنت بولد، لم يلحقه نسبه ولم تنقض العدة بوضعه وتعتد بالأشهر، وبهذا قال مالك، والشافعي.. وقال أبو حنيفة. إن مات وبها حمل ظاهر، إعتدت عنه بالوضع).

(٥) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٠٢/٢: (قال أصحابنا: إن مات عنها الصبي وهي حامل، فعدتها أن تضع حملها، وإن وجدت الحمل بعد موته فعدتها: أربع أشهر وعشراً، لأن الحمل ليس منه).

أشهر فصاعداً لم يثبت نسبه من الزوج^(١)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: يثبت ما لم تتزوج أو تأت به لأكثر من أربع سنين. دليلنا: أنه لو جاءت به بعد التزويج لم يلحق كذلك قبله، كما لو كان بعد الأربع سنين.

١٧٦٢ - مسألة: الخلوة توجب العدة^(٢)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي^(٣). دليلنا: أنه عقد يقصد به المنافع فالتمكن من الإنتفاع يقوم مقام الإستيفاء في الأحكام المتعلقة بالعقد كالإجارة.

فصل: وتثبت الرجعة أيضاً خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه يثبت العدة، فهو كالدخل.

١٧٦٣ - مسألة: عدة الأمة بالإقراء من الطلاق قراءان، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال داود: ثلاثة أقراء. دليلنا: ماتقدم من حديث عائشة وابن عمر عن النبي ﷺ، ولأنه أمر بنحو عدد بني على التفاصيل أشبه الحدود.

(١) جاء في المغني: ٢٣٥/١١: (وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء، ثم أتت بولد لسته أشهر فصاعداً من بعد انقضائها، لم يلحق نسبه بالزوج، وبه قال أبو حنيفة وابن شريح.. وقال مالك والشافعي: يلحق به ما لم تتزوج أو يبلغ أربع سنين، وكلام الخرقى يحتمل ذلك).

(٢) جاء في كشف القناع: ٤١١/٥: (كل امرأة فارقها زوجها في حياته قبل المسيس والخلوة فلا عدة عليها إجماعاً، لأن العدة إنما وجبت في الأصل لبراءة الرحم، والمسيس: اللبس باليد، ثم استعبر للجماع لأنه مستلزم له، وإن خلا الزوج بها وهي مطاوعة ولو لم يمسه مع علمه بها، ولو كانت الخلوة في نكاح فاسد، فعليه العدة سواء كان بالزوجين مانع، أو كان بأحدهما مانع من الوطء حسي أو شرعي).

(٣) جاء في نهاية المحتاج: ١٢١/٧: (لا بخلوة مجردة عن وطء، واستدخال منى محرّم فلا عدة فيها في الجديد، لمفهوم الآية، وما جاء عن علي وعمر - رضي الله عنهما - من وجوبها منقطع، والقديم: تقام مقام الوطء).

(٤) جاء في المغني: ٢٠١/١١: (روى عن النبي ﷺ أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان، وقرؤها حيضتان» رواه أبو داود وغيره، وإن كانت من الآيسات، أو ممن لم يحضن فعدة الأمة شهران. رواه الجماعة، لأن الأشهر بدل من القروء، وعدة ذات القروء قراءان فبدلها شهران).

فصل: وعدتها بالشهور شهران، وفيه رواية أخرى : شهر ونصف، وفيه رواية: ثلاثة أشهر، وعن الشافعي كالروايات، وبالثانية قال أبو حنيفة وجه الأولى : أن الشهور في مقابلة الإقراء بدلالة الحرة تم الإقراء في حقها حيضتان، فبالشهور شهران.

١٧٦٤ - مسألة : إذا ارتجع زوجته من الطلاق الرجعي ثم طلقها، ثبت على العدة الأولى، وفيه رواية أخرى : يستأنف، وبه قال أبو حنيفة، وعن الشافعي كالمذهبيين. وقال مالك : يستأنف إلا أن يكون قصده الإضرار بها فتبنى على ماضيه . دليلنا : إنه توالى عليها طلاقان واحدهما قبل الدخول والخلوة، أشبه إن لم يتخللها رجعة، وهذا الأصل يمنعه الشافعي على أحد القولين .

١٧٦٥ - مسألة : المتوفى عنها زوجها لا يعتبر في حقها وجود الحيض^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال مالك : يعتبر في حق المدخول بها حيضة في مدة الاعتداد بالأشهر . دليلنا : أنها عدة من وفاته فلا يراعى فيها حيضة كما لو كانت تحيض كل ستة أشهر حيضة .

١٧٦٦ - مسألة : المبتوتة في المرض إذا مات عنها اعتدت عدة وفاة بثلاث

(١) جاء في الكافي: ٣٠٧/٣: (النوع الثاني: المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملاً فعدتها أربع أشهر وعشراً، إذا كانت حرة، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْتَضَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾). أنظر: بدائع الصنائع: ١٩٩٩/٤، وما بعدها.

(٢) جاء في الحاوي: ٢٦٩/١٤: (فإذا ثبت وجوب العدة بالوفاة على المدخول بها وغير المدخول بها فلا يخلو حال المتوفى عنها زوجها من أن تكون: حائلاً، أو حاملاً.. فإن كانت حائلاً: فعدتها بالشهر. وسواء كانت من ذات الأقراء، أو من ذوات الأشهر للآية، ولأن الإقراء في حق حي تقدر على استيفائها لنفسه.. وإذا كانت بالشهور في الحالين فإنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام... وقال الأوزاعي: أربعة أشهر وعشرة ليال).

حيض^(١)، وبه قال أبو حنيفة، إلا أن أبا حنيفة يعتبر أن يكون الموت قبل أن تنقضي عدة الطلاق بناءً على أن الميراث يقف على ذلك، وقال مالك^(٢)، والشافعي^(٣)، وأبو يوسف : عليها عدة طلاق . دليلنا: أنها تستحق الميراث لأجل النكاح أشبه المطلقة الرجعية.

١٧٦٧ - مسألة : المبتوتة لا سكنى لها ولا نفقة ، وفيه رواية أخرى : سكنى بلا نفقة^(٤)، وبه قال أكثرهم ، وقال أبو حنيفة : لها الأمران . دليلنا: قوله ﷺ في حديث فاطمة بنت قيس : «المطلقة ثلاثاً ليس لها سكنى ولا نفقة إنما النفقة لمن يملك زوجها رجعتها»^(٥)، ولأنها حامل بابتن أشبه المتوفى عنها زوجها، والدلالة على إسقاط السكنى أن من لا تستحق النفقة لا تستحق السكنى كالمرتدة .

١٧٦٨ - مسألة : المبتوتة لا تلزمها العدة في بيت زوجها، خلافاً لأبي حنيفة

(١) جاء في المغني لابن قدامة: ٢٢٥/١١: مانصه: (وإن مات مطلق البائن في عدتها، بنت على عدة الطلاق إلا أن يطلقها في مرض موته فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء، نص على هذا أحمد، وبه قال الثوري، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن.. وقال مالك والشافعي: تبني على عدة الطلاق، لأنه مات وليست زوجة له، لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة). انظر: الإنصاف: ٣٥٦/٧، كشف القناع: ٤١٧/٥ .

(٢) جاء في المدونة: ١١/٢: (قلت: أرأيت إن طلق امرأته ثلاثاً وهو في مرضه، ثم مات وهي في العدة، إعتدت عدة الوفاة، تستكمل في ذلك ثلاث حيض أم لا..؟ قال مالك: ليس عليها أن تعتد عدة الوفاة، إنما عليها أن تعتد عدة الطلاق ولها الميراث) .

(٣) جاء في الحاوي: ٢٨٢/١٤: (إن مات في عدتها ورثته واعتدت عدة الوفاة) .

(٤) جاء في الكافي: ٣٢١/٣: (البائن بفسخ أو طلاق، تعتد حيث شاءت، لما روت فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعر فسخطته، فقال: والله مالك تلسا فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال: « ليس لك عليه نفقة ولا سكنى ») .

(٥) أخرجه البخاري: ٧٥/٧، ومسلم: ١١١٦/٢، وأبو داود: ٥٣٤/١ .

والشافعي^(١) دليلنا: «أن النبي ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم»^(٢)، ولأنها بائنة حال الحياة أشبه الموطوءة بشبهة والمرتدة.

١٧٦٩ - مسألة: المتوفى عنها زوجها كالمبتوتة في حال الحياة فلا تستحق نفقة ولا سكنى إذا كانت حائلاً، أو كانت حاملاً فعلى روايتين^(٣)، وقال أبو حنيفة^(٤): ليس لها شيء من الأمرين في الحالين جميعاً، وقال مالك: لها السكنى في الحالين^(٥)، وعن الشافعي^(٦) قولان: أحدهما: لا شيء في الحالين، والآخر: كمذهب مالك، فالدلالة على إسقاط الأمرين أنه حق مال يجب بمرور زمان فسقط بالموت كنفقة الأقارب.

(١) جاء في الحاوي: ٢٨٧/١٤ (وإذا كانت العدة من طلائق بائن فموضعها متعين، لا يجوز نقلها منه، لغير موجب، وهي التي جعلها من حقوق الله تعالى لتحسين الماء وحفظ النسب. وإذا كان كذلك فالموضع المعين لسكنائها هو المسكن الذي طلقها فيه).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه: ١١١٧/٢، وأبو داود في سننه: ٢٨٧/٢، والترمذي في جامعه: ٤٤١/٣.

(٣) جاء في المغني: ٢٩٢/١١: (قال أصحابنا: ولا سكنى للمتوفى عنها إن كانت حائلاً، رواية واحدة، وإن كانت حاملاً فعلى روايتين، وللشافعي في المتوفى عنها قولان... لأنها بائنة من زوج فأشبهت المطلقة ثلاثاً).

(٤) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٤٠٠/٢: (قال أصحابنا لا سكنى ولا نفقة في مال الميت، حاملاً كانت أو غير حامل.. وقال مالك: نفقتها على نفسها، وإن كانت حاملاً ولها السكنى إذا كانت الدار للزوج.. وقال ابن القاسم عنه: لا نفقة لها في مال الميت، ولها السكنى إذا كانت الدار للميت.. وقال الشافعي في المتوفى عنها زوجها على قولين: أحدهما: لها السكنى والنفقة، والآخر: لا نفقة لها ولا سكنى).

(٥) جاء في المدونة: ٥١/٢: (قلت: أرأيت المتوفى عنها زوجها، أكون لها النفقة والسكن في العدة في قول مالك في مال الميت أم لا..؟ قال: قال مالك: لا نفقة لها في مال الميت ولها السكنى إذا كانت الدار للميت).

(٦) جاء في المذهب: ٦٢٣/٤: (وإن كانت الزوجة معتدة من وفاة لم تجب لها النفقة، لأن النفقة إنما تجب للمتمكن من الاستمتاع، وقد زال التمكين بالوفاة.. وهل تجب لها السكنى؟ فيه قولان، أحدهما: لا تجب وهو اختيار المزني، لأنه حق يجب يوماً بيوم فلم تجب في عدة الوفاة كالنفقة... والثاني: تجب).

١٧٧٠ - مسألة: إذا مات زوج المحرمة في الحج وخافت فواته إن جلست لقضاء العدة، جاز لها أن تمضي في الحج^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٢): يلزمها المقام سواء تقدم الإحرام للموت أو تأخر. دليلنا: أن الحج قد لزم المضي فيه بالدخول ووجوب العدة تأخر، فإذا كان لابد من أحدهما كان الأسبق أولى.

١٧٧١ - مسألة: إذا سافر الرجل بزوجه ثم مات، وبينها وبين منزلها مسافة لا تقصر فيها الصلاة^(٣)، لزمها الرجوع، وإن كانت المسافة نقصر فيها الصلاة أو أكثر وبينها وبين مقصدها كذلك فهي بالخيار بين الرجوع، والمقام، والذهاب، ولا يلزمها المقام، وقال أبو حنيفة: يلزمها في هذا القسم المقام، وقال الشافعي: إذا انفصلت من بلدها لم يلزمها الرجوع، ولها أن تمضي في سفرها، فالدلالة على أبي حنيفة وأنه لا يلزمها المقام أن العدة وجبت عليها وهي مسافرة سافراً صحيحاً، فلم يمنع من المضي فيه، كما لو كان بينها وبين مقصدها دون الثلاثة أيام.

فصل: والدلالة على الشافعي هو أنها إذا لم تتباعد فإنها في حكم المقيمة فهو كما لو كانت في جوانب البلد.

(١) جاء في الكافي: ٣/٣٢٤: (وإذا أحرمت بحج أو عمرة في حياة زوجها في بلدها، ثم مات وخافت فواته، مضت فيه، لأنه أسبق).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٢/٢٥١: (فإن أحرمت الحج وخرجت إلى سفر الحج مع محرم لها غير الزوج، ثم طلقها الزوج أو مات فبلغها الخبر، وبينهما وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام فإنها ترجع وتصير بمنزلة المحصر).

(٣) جاء في المعني: ١١/٣٠٣: (وإذا خرجت إلى الحج فتوفى عنها زوجها وهي بالقرب رجعت لتقضي العدة).

١٧٧١ - مسألة: المطلقة ثلاثاً عليها الإحداد^(١)، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وفيه

رواية أخرى: لا إحداد عليها، وهو اختيار أبي بكر، وبه قال مالك، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٣) وجه الأولى: أنها بانّت عن زوجها بينونة تحرم الوطء، أشبه المتوفى عنها زوجها، وعكسه الرجعية والذي استبرأها زوجها.

١٧٧٢ - مسألة: الصغيرة والمجنونة يلزمهما الإحداد، وكذلك الذمية، وبه قال أكثرهم، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها بينونة أوجبت إعداداً، فأوجبت إحداداً كالبالغة العاقلة المسلمة.

١٧٧٤ - مسألة: الذمية إذا بانّت من زوجها فعليها العدة^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا لم يكن ذلك من دينهم لم يلزمها. دليلنا: أنها امرأة بانّت من زوجها بالموت أو مطلقة بعد الدخول، أشبه المسلمة.

١٧٧٥ - مسألة: عدة الذمية لأجل الوفاة كعدة المسلمة^(٥)، واختلف عن

(١) جاء في المعنى: ٢٩٩/١١: (اختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الإحداد عن المطلقة البائن، فعنه: يجب عليها وضو قول سعيد بن المسيب، وأبي عبيد، وأبي ثور، وأصحاب الرأي.. والثانية: لا يجب عليها، وهو قول: عطاء، وربيع، ومالك، وابن المنذر، ونحو قول الشافعي، لأن النبي ﷺ قال: « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ».

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٢٠٣٧/٤: (واختلف في المطلقة ثلاثاً أو بائناً.. قال أصحابنا: يلزمها الحد، وقال الشافعي: لا يلزمها الحد).

(٣) جاء في المذهب: ٥٥٨/٣: (واختلف قوله في المعتدة المبتوتة، فقال في « القديم »: يجب عليها الإحداد، لأنها معتدة بائن، فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها، وقال في « الجديد »: لا يجب عليها الإحداد لأنها معتدة من طلاق فلا يلزمها الإحداد كالرجعية). انظر: روضة الطالبين: ٤٠٥/٨.

(٤) جاء في كشف القناع: ٤١٢/٥: (وتجب العدة على الزوجة الذمية من زوجها الذمي، ومن زوجها المسلم لعموم الأدلة، ولأنهم مخاطبون بفروع الإسلام، ولو لم تكن العدة من دين الذميين، وعدتها كعدة المسلمة).

(٥) جاء في المغني: ١٩٤/١١: (وتجب العدة على الذمي والمسلم.. وقال أبو حنيفة: إن لم تكن من دينهم لم تلزمها، لأنهم لا يخاطبون بفروع الشريعة.. وعدتها كعدة المسلمة في قول علماء الأمصار، ومنهم مالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي ومن تبعهم إلا ماروي عن مالك، أنه قال: تعتد من الوفاة بحيضة).

مالك^(١) فعنه كمذهبننا، وعنه حيضة، وهذا إنما يصح عنده إذا كانت تحت مسلم وإلا فمع كافر فلا، لأن عنده لا يصح أنكحتهم. دليلنا: أن الاعتداد بالحيض أحد أنواع ماتعتد به، فاستوى فيه الذمية والمسلمة كالحمل.

١٧٧٦ - مسألة: البائن يجوز لها أن تخرج من بيتها نهاراً لحوائجها^(٢)، وقال أبو حنيفة^(٣): لا تخرج إلا بعذر ملجي، وعن الشافعي^(٤) كالمذهبيين. دليلنا: ما روي عن عبد الله أنه قال: طُلقت خالة لي فأرادت أن تخرج إلى نخلها لتجده، فقالوا لها لا تخرجي حتى تنقضي العدة، فقال النبي ﷺ: «أخرجي فلعلك أن تصدقي أو تفعلي معروفًا»^(٥)، وهذا كان في المدينة والنخل خارجة من المدينة، والجذاذ يقع نهاراً، ولأنها بائنة من زوجها فجاز أن تخرج نهاراً كالمتموفى عنها زوجها.

(١) جاء في المدونة: ٨/٢: (قلت: أرأيت المرأة من أهل الكتاب إذا كانت تحت رجل مسلم فطلقها بعدما بنى بها. كم عدتها عند مالك، وكيف يطلقها...؟) قال: عدتها عند مالك مثل عدة الحرة المسلمة، وطلاقها عند مالك كطلاق الحرة المسلمة، وتجبر على العدة عند مالك.

(٢) جاء في الكافي: ٣/٣٢٣: (وليس لها الخروج من منزلها ليلاً، ولها الخروج نهاراً لحوائجها).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ٤/٢٠٢٨: (فإن كانت معتدة من نكاح صحيح وهي حرة، مطلقة، بالغة، عاقلة، مسلمة - والحال حال اختيار - فإنها لا تخرج ليلاً ولا نهاراً سواء كان الطلاق ثلاثاً، أو بائناً، أو رجعيًا).

وأما في الطلاق الثلاث أو البائن، فلعموم النهي، ومساس الحاجة إلى تحصين الماء).

(٤) جاء في المذهب: ٤/٥٥٤: (ولا يجوز للمبتوتة ولا المتموفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر، لقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بضاحشة مبينة﴾ سورة الطلاق، آية: ١. وإن أرادت الخروج لحاجة.. فإن كانت في عدة الوفاة جاز لحديث مجاهد، وإن كانت في عدة المبتوتة ففيه قولان: قال في «القديم»: لا يجوز لقوله تعالى: ﴿ولا يخرجن إلا أن يأتين بضاحشة مبينة﴾، وقال في «الجديد»: يجوز، وهو الصحيح، لأنها معتدة بائن، فجاز لها أن تخرج بالنهار لقضاء الحاجة كالمتموفى عنها زوجها).

(٥) أخرجه مسلم: ١٠/١٠٨، وأبو داود: ٥٣٥/١.

١٧٧٧ - مسألة: إذا اجتمع عدتان من رجلين لم يتداخلا سواء كانا من جنس أو من جنسين^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٢): يتداخلان، وعن مالك كالمذهبيين. دليلنا: ما روي عن عمر وعليّ أنهما قضيا بذلك، فقالا: تعتد من الأول ثم تستأنف من الثاني، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلا يتداخلا كالدينين.

فصل: فإذا نكحت في العدة ودخل بها الثاني لم يحرم عليه بعد انقضاء العدة،^(٣) وبه قال من الصحابة عليّ، ومن الفقهاء أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: تحرم على التأبید، وبه قال من الصحابة عمر، ومن الفقهاء مالك، وعن الشافعي كالمذهبيين.^(٤) دليلنا: إنه وطء فلا يحرم الموطئة على التأبید كالموطئة بشبهة إذا كانت خالية من نكاح أو عدة.

(١) جاء في المغني: ٢٣٦/١١ وما بعدها ما ملخصه: (أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعاً، لئلا يقضي إلى إختلاط المياها وامتزاج الأنساب، فإن تزوجت فالنكاح باطل، ويجب أن يفرق بينها وبينه، فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها، ولا تنقطع بالعقد الثاني، وإن وطئها انقطعت العدة، وعليه فراقها، فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما، فإن فارقها أو فرق بينهما، وجب عليها أن تكمل عدة الأول، لأن حقه أسبق وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح فإذا أكملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثاني، ولا تتداخل العدتان لأنهما من رجلين، وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: يتداخلان فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني)

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ٢٤٧/٢: (ثم العدتان يتداخلان عندنا، سواء كانا من جنس واحد، أو من جنسين مختلفين، وقال الشافعي: لا يتداخلان بل يجب أن تمضي في العدة الأولى، فإذا انقضت استأنفت الأخرى).

(٣) جاء في المغني: ٢٣٩/١١: (مسألة: قال: وله أن ينكحها بعد إنقضاء العدتين) يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء العدتين. أما الزوج الأول: فإن كان طلاقه ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطء فيه لأنه نكاح باطل، وإن كان طلاقه دون الثلاث فله نكاحها أيضاً بعد العدتين، وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه، وعن أحمد رواية أخرى: أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبید، وهو قول مالك، وقديم قولي الشافعي، لقول عمر: «لا ينكحها أبداً»... وقال الشافعي في الجديد: له نكاحها بعد قضاء عدة الأول).

(٤) جاء في المذهب: ٥٦٥/٤: (إذا تزوج رجل امرأة في عدة غيره ووطئها، ففيه قولان: قال في القديم: تحرم عليه على التأبید، لما روينا عن عمر أنه قال: «ثم لا ينكحها أبداً»، أخرجه البيهقي: ٤٤١/٧.. وقال في الجديد: لا تحرم عليه على التأبید، وإذا انقضت عدتها من الأول، جاز له أن يتزوجها، لأنه وطء شبهة، فلا يوجب تحريم الموطوءة على الواطيء على التأبید). أنظر: روضة الطالبين: ٣٩٦/٨.

فصل : إذا ثبت أن للثاني أن ينكحها فلا ينكحها حتي تنقضي عدتها منهما جميعاً^(١)، وقال الشافعي : إذا انقضت عدتها من الأول فللثاني^(٢) أن ينكحها .
دليلنا أنه أحد الواطئين فلا يحل له النكاح مع بقاء عدته كالأول .

فصل : ولا تنقطع عدة الأول بدخول الثاني^(٣)، وبه قال أصحاب أبو حنيفة، وقال أصحاب الشافعي : تنقطع العدة حتى يفرق الحاكم بينهما، ثم تمضي على ما مضى، دليلنا : أنه لما جاز أنه يجتمع عدة الثاني ونكاح الأول، فأولى أن يجتمع عدة الثاني مع عدة الأول .

١٧٧٨ - مسألة : زوجة المفقود تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً^(٤)، ثم تحل للأزواج^(٥)، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى : لا تحل للأزواج حتى تمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد، إلا أن أبا حنيفة يقول : هذه المدة مائة وعشرون سنة، ونحن نقول تسعين سنة وجه

(١) جاء في الكافي : ٣/٣١٨ : (قال الخرقى : وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين، فعلى هذا كل معتدة من وطء في نكاح فاسد، أو وطء شبهة، لا يجوز للوطيء، ولا غيره نكاحها حتى تنقضي عدتها).

(٢) انظر : روضة الطالبين : ٨/٥٤٠، والمهذب : ٤/٥٦٥ .

(٣) جاء في المغني : ١١/٢٣٧ : (فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها، ولا تنقطع بالعقد الثاني، لأنه باطل، ولا يستحق عليها بالعقد شيء، وتسقط سكتها ونفقتها عن زوج الأول، وإن وطئها انقضت العدة، إلا إذا كان عالماً أنها في عدة غيره، فلا تنقطع لأنه زنا).

(٤) المفقود : هو الذى انقطع خبره، ولا يدري أحي هو أم ميت .

وله حالتان : أحدهما : أن يكون ظاهر غيبته السلامة، كمن سافر لطلب العلم وانقطعت أخباره فلا تزول الزوجية مالم يتيقن موته، لأنها ثابتة بيقين فلا زوال بالشك .

الثاني : أن يكون ظاهرها الهلاك، كالذى يفقد بين أهله .. ومذهب الإمام أحمد أن زوجته تتربص أربع سنين، أكثر مدة الحمل، ثم تعتد للوفاة .. ثم تتزوج .
انظر : الكافي : ٣/٣١٣ ومابعدا .

(٥) جاء في معونة أولى النهي . ٧٨٩/١٠ : (السادسة من المعتدات : امرأة المفقود، فتتربص حرة ركناً مدة على الأصح، لأن الأربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل، وأربعة أشهر وعشراً، لأنها عدة الوفاة).

الأولى: ماروي عن عمر، وعثمان، وعلي، في إحدى الروايتين، وابن عمر، وابن عباس، مثل مذهبنا، ولأن الإيلاء والعنة تثبت الفرقة مع كونهما أضعف، لأنه يتعذر معهما الوطاء دون النفقة فأولى أن تثبت هاهنا، لأنه يعدم معه الأمران.

فصل: وصفة الفقد الذي يثبت الفسخ هو أن يكون غالبه الهلاك كالمفقود بين الصفين والذي يفقد بين أهله نهائياً، أو الذي يكون في مركب فيهلك قوم ويسلم آخرون، وقال مالك والشافعي على القول القديم: إن جميع الفقد يثبت الفسخ. دليلنا: أن كل غائب لا يقسم ماله بين ورثته لم يجز لزوجته أن تتزوج بحكم الوفاة كالمأسور في بلاد الروم.

فصل: ولا يفترق ضرب المدة وإباحتها للأزواج إلى حكم حاكم^(١)، خلافاً لمالك والشافعي، وإحدى الروايتين. دليلنا: أنها فرقة تعقبها عدة وفاة تقف على حكم حاكم كما لو شهد نفسان بموته.

فصل: فإن قدم الزوج وقد تزوجت فإن كان الثاني مادخل بها فهي للأول بكل^(٢) حال. وإن كان قد دخل بها خيراً الأول بين الصداق وتركها، وبين أن يأخذها ويغرم الصداق، وقال مالك: إن كان الثاني دخل بها فهي له، وإن لم يكن دخل بها فهي للأول ولم يثبت التخيير، وعن الشافعي قولان، أحدهما: بطلان نكاح الأول بكل حال، والثاني: بطلان الثاني بكل حال. دليلنا:

(١) أنظر: المغني: ٢٦٣/١١ ومابعدها، والكافي: ٢١٣/٣ ومابعدها.

(٢) نستطيع تلخيص هذه المسألة علي النحو التالي:

أ - إن قدم الزوج الأول قبل أن تتزوج بآخر فهي امرأته.
ب - إن قدم الزوج الأول بعد أن تزوجت بزوج آخر، فالحال لا يخلو من:
الحالة الأولى: إن كان قدومه قبل دخول الزوج الثاني عليها، فهي زوجة الأول ترد إليه ولا شيء.
الحالة الثانية: أن يكون قدوم الزوج الأول بعد دخول الزوج الثاني، فإنها تخير بينهما.

أنظر التفصيل في المغني لابن قدامة: ٢٥٢/١١ ومابعدها.

ما تقدم من أن عمر وعثمان قضيا للزوج لما قدم بالخيار، ولأننا حكمنا ببطلان نكاح الأول من جهة الظاهر وقد تيقنا خلافه، فجرى مجرى المجتهد إذا ظهر له النص.

فصل: ويجوز قسمة مال المفقود^(١)، خلافاً لمالك^(٢) دليلنا: أن كل من ألزمت زوجته عدة الوفاة جاز أن يقسم ماله كما لو شهدت البينة بموته.

١٧٧٩ - **مسألة:** عدة أم الولد إذا مات سيدها أو أعتقها حيضة^(٣)، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: من العتاق حيضة، ومن الوفاة عدة الوفاة، وقال أبو حنيفة^(٤): عدتها في الحالتين ثلاث حيض. دليلنا: أنها عدة لزوال الملك عن الرقبة، أشبه المستبرأة والمسببة والموروثة [.....]^(٥).

(١) جاء في المغني: ٢٥٩/١١: (ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤمر زوجته بعده الوفاة فيه، وبهذا قال قتادة، وقال الشافعي، ومالك، وأصحاب الرأي، وابن المنذر: لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته، لأن الأصل البقاء فلا يزول عنه بالشك).

(٢) جاء في المدونة: ٣٢/٢: (قال: وقال مالك: لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته، أو يبلغ من الزمان ما لا يحيى إلى مثله، فيقسم ميراثه من يوم يموت).

(٣) قال ابن قدامة: (وأم الولد إذا مات سيدها، فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة، هذا هو المشهور عن أحمد، وهو قول ابن عمر، وروي ذلك عن عثمان، وعائشة، والحسن، والشافعي، ومالك، والشافعي، وروي عن أحمد: أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً). أنظر المغني: ٢٦٢/١١.

(٤) جاء في شائع انصائع: ٢٠٠/١/٤: (وكذلك أم الولد إذا أعتقت بإعتاق المولى أو بموته، فإنها تعتد بثلاث قروء، عندنا، لما روي عن عمر وغيره من الصحابة - رضى الله عنهم - أنهم قالوا: «عدة أم الولد ثلاث حيض»، وهذا نص فيه، وبه تبين أن الواجب عدة، وليس باستبراء.. والعدة لا تقدر بحيضة واحدة.. وعند الشافعي تعتد بحيضة واحدة، لأن هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح لعدم النكاح، وإنما وجبت بزوال ملك اليمين، فكان وجوبها بطريق الاستبراء، فيكتفى بحيضة واحدة).

(٥) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

١٧٨ - مسألة: أكثر مدة الحمل أربعة سنين^(١)، وبه قال الشافعي، وفيه رواية أخرى: سنتين، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، وعن مالك كالمذهبيين، وعنه رواية ثالثة: خمس سنين، وهي الأظهر عنده وجه الأولى: أن مدة الحمل غير شرعية لأنها موجودة قبل الشرع، وإنما علق عليها أحكاماً ولم يقدرها بشيء فوجب الرجوع إلى الوجود، وقد وجد حمل أكثر من سنتين وهو: محمد بن عبد الله بن الحسن ابن علي بن أبي طالب، حملته أمه أربع سنين، وسمي النفس الزكية، وهكذا إبراهيم بن نجيع من ولد مالك بن جونه حملته أمه أربع سنين^(٣).

١٧٨ - مسألة: إذا بانّت المرأة من زوجها بموت أو طلاق وأتت بولد في عدة الحمل وادعت أنه منه وهناك من ينكره، ثبت نسبه بشهادة امرأة تشهد بالولادة، وقال أبو حنيفة: يحتاج إلى رجلين أو رجل وامرأتين، ووافقنا أصحابه. دليلنا: أن الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة بدلالة إذا كان الفراش باقياً وإذا كان هناك حمل أو سبق منه الاقرار بالحمل، وإذا كان كذلك فالخلاف حاصل في الولادة، وقد شهد بها.

١٧٨ - مسألة: إذا أعتقت الأمة وهي معتدة من طلاق رجعي انتقلت إلى عدة

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢١٨/٣: (وأكثر مدة الحمل أربع سنين، لأن مالا تقدير فيه شرعاً يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد من تحمل أربع سنين).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٢٠٤٧/٤: (لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين).

(٣) روى الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس: حدثت جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها: لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل، قال مالك: سبحان الله، من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين، قيل أن تلد. انظر الخبر في المذهب: ٥٣٣/٤. المجموع شرح المذهب: ٥٨٥/١٦، والتلخيص الجبير: ٢٣٥/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل: ٤٤٣/٧.

حرة^(١) خلافاً لمالك^(٢)، ولأحد قولي الشافعي. دليلنا: أن العتاق له تأثير في الاعتداد كالموت ثم لو مات الزوج لزمها عدة وفاة، كذلك إذا أُعتقت.

فصل: فإن كان الطلاق بائناً لم يلزمها الانتقال، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً للشافعي^(٤) في إحدى قولييه. دليلنا: أنها معتدة بعد زوال الملك بما هو أصل، فلا يلزمها الانتقال كما لو طرأ الموت.

١٧٨٣ - مسألة: المعتدة إذا وضعت علقه أو مضغة لم تنقضي عدتها^(٥)، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: تنقضي، وبه قال الشافعي، وهكذا الروايتين في

(١) جاء في المغني: ٢١٢/١١: (وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة، وهي أمة فلم تنقض عدتها حتى أعتقت بنت على عدة حرة، وإن طلقها طلاقاً لا يملك فيه الرجعة، فاعتقت، إعتدت عدة أمة. وهذا قول الحسن والشعبي، وأصحاب الرأي، وهو أحد أقوال الشافعي... والقول الثاني: تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية، وهو قول مالك وأبي ثور، وقال عطاء، والزهرى، وقادة: تبنى على عدة حرة بكل حال، وهو القول الثالث للشافعي).

(٢) جاء في المدونة: ١٧/٢: (قلت: رأيت الأمة تكون تحت الرجل فيطلقها تطليقة، يملك بها الرجعة، أو ساقاً بائناً فاعتدت، حيضة واحدة ثم أعتقت، أو اعتدت بشهر ثم أعتقت، أفنتقل إلى عدة الحرائر في قول مالك، أم تبنى على عدتها... قال: قال مالك: تبنى على عدتها ولا تنتقل إلى عدة الحرائر).

(٣) جاء في الدرر: ٣١٠/٢: (وإن عتقت في عدتها وكانت رجعية أتمت عدتها عدة حرة، لأن الرجعية زوجة وقد عتقت في الزوجية، فلزمتها عدة حرة... وإن كانت بائناً، أتمت عدة الأمة، لأنها عتقت بعد البيونة أشبهت المعتقة بعد عدتها).

(٤) جاء في المذهب: ٥٤١/٤: (وإن اعتقت الأمة في أثناء العدة ففيه ثلاثة أقوال: أحدهما: تتم عدة الأمة، لأنه عدد محصور يختلف بالرق والحرية فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد. والثاني: أنها إن كانت رجعية أتمت عدة حرة، وإن كانت بائناً أتمت عدة أمة.. والثالث: وهو الصحيح أنه يلزمها أنه تتم عدة حرة).

(٥) جاء في المغني: ٢٢٩/١١: (المرأة إذا أُلقت بعد فرقة زوجها شيئاً لم يخل من خمسة أحوال: أ - أن تضع ما بان فيه خلق آدمي من الرأس واليد والرجل، فهذا تنقض به العدة بلا خلاف بينهم. ب - إذا أُلقت نطفة أو دماً، لا تدري هل هو ما يخلق منه آدمي أو لا؟ فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام. ج - إذا أُلقت مضغة لم تبس فيه الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي فحكمه كحكم الحالة الأولى.

د - إذا أُلقت مضغة لا صور فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي، فاختلف عن أحمد. هـ - أن تضع مضغة لا صورة فيها، ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي، فهذا لا تنقضي بها عدة، ولا تصير به أم ولد).

حصولها أم الولد بهذا الوضع، وفيه رواية ثالثة : لا تنقضي به العدة وتصير به أم ولد وجه الأولى : إنه لم يستتب فيه خلق آدمي أشبه إذا ألقته ميتاً .

١٧٨٤ - مسألة : إذا أخبرت بانقضاء عدتها لأقل من شهرين قبل قولها ^(١)، وبه قال الشافعي ^(٢)، وقال أبو حنيفة ^(٣) : لا يقبل في أقل من شهرين، يمكن فيها ثلاثة أقراء أكثر الحيض وأقل الطهر . دليلنا : أن العدة تشتمل على طهر وحيض ثم قد قبل قولها في أقل الطهر، كذلك أقل الحيض .

فصل : فإن قامت البينة على انقضاء عدتها في شهر ، قُبِلَ منها خلافاً لأكثرهم، فالكلام في فصلين : أحدهما : في حجة قيام البينة بالحيض، والثاني : أنه يصح الطهر في ثلاث عشر يوماً، فأما إقامة البينة فالوجه فيه أنه أحد ما تنقضي به العدة فيصح إقامة البينة عليه كالحمل، وأما الفصل الثاني : فالدلالة عليه أنه انضم إلى العشر ما يقع عليه اسم الجمع المطلق أشبه إذا انضم إليه ضمناً .

(١) جاء في الكافي : ٣/٣٠٥ : (وأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوماً، إن قلنا القرء : الحيض، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً) .

(٢) جاء في المذهب : ٤/٥٣٥ : (وأقل ما يمكن أن تعتد فيه الحرة بالإقراء إثنان وثلاثون يوماً، وساعة، وذلك بأن يطلقها في الطهر، ويبقى من الطهر بعد الطلاق ساعة، فتكون تلك الساعة قرءاً، ثم تحيض يوماً، ثم تطهر خمسة عشر يوماً، وهو القرء الثاني، ثم تحيض يوماً، ثم تطهر خمسة عشر يوماً وهو القرء الثالث، فإذا طعنت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها) .

(٣) جاء في بدائع الصنائع : ٤/٢٠١٣ . (ثم اختلف في أقل ما تصدق فيه المعتدة بالإقراء .. قال أبو حنيفة : أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوماً، وقال أبو يوسف، ومحمد : تسعة وثلاثون يوماً) .

كتاب الرضاع^(١)

١٧٨٥ - مسألة : لا يثبت تحريم الرضاع^(٢) إلا بخمس رضعات، وهو اختيار الخرقى^(٣)، وبه قال الشافعي^(٤)، وفيه رواية أخرى : يثبت بدفعة، وبه قال أكثرهم^(٥)، وفيه رواية ثالثة بثلاث، وبه قال داود^(٦) وجه الأولى : ما روت عائشة أن النبي ﷺ : « أمر امرأة حذيفة أن ترضع سالماً خمس رضعات فكان يدخل

(١) الرضاع : مصدر رَضَعَ يَرْضَع رَضاعاً، ورضاعة بفتح الراء وكسرهما، لغتان، وذكر فيه ثلاث لغات. وهو لغة اسم لمص الثدي. أنظر: القاموس المحيط مادة «رضع». وشرعاً: مص لبن في الحولين ثاب - أى اجتمع - عند حمل من ثدي امرأة، أو شربه، ونحوه. أنظر: شرح منتهى الإرادات: ٢٣٥/٣.

(٢) هذه المسألة وقع فيها خلاف بين الفقهاء على النحو التالي : (أ) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الرضاع الذي ثبت به التحريم لا بد وأن يكون خمس رضعات، والدليل ما روته عائشة قالت: كان فيما أنزل الله تعالى في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من، ثم نسخن بخمس رضعات معلومات، فتوفى النبي ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن، ويقولن ﷺ : « لا تحرم المصاة والمصتان ». أخرجه مسلم: ١٠٧٤/٢، ١٠٧٥. (ب) ذهب الأحناف : إلى أن الرضاع الذي يثبت به التحريم، هو الإرضاع ولو مرة واحدة لقوله تعالى : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم »، وقول الرسول ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » من غير تفصيل. (ج) ذهب أبو ثور، ودواد، وابن المنذر إلى أن التحريم لا يثبت إلا بثلاث رضعات، لأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث.

(٣) جاء في المغني: ٣١٠/١١ : (أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعداً، هذا صحيح في المذهب، وروي هذا عن عائشة، وابن مسعود، وابن الزبير، وعطاء، وطاووس وهو قول الشافعي).

(٤) جاء في المذهب: ٥٨٤/٤ : (ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات). أنظر: روضة الطالبين: ٧/٩، مغني المحتاج: ٤١٦/٣.

(٥) جاء في مختصر إختلاف العلماء: ٣١٤/٢ : (قال أصحابنا ومالك والثوري والأوزاعي : قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد)، انظر: مختصر الطحاوي: ص ٢٢٠، والميسوط: ١٣٤/٥.

(٦) جاء في المغني: ٣١٠/١١ : (والرواية الثالثة : لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات، وبه قال أبو ثور، وأبو عبيد، وداود، وابن المنذر).

بها عليها»^(١)، ولأنه لبن لم يتعدد أشبه المشبوب بالماء.

١٧٨ - مسألة : مدة الرضاع حولان^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: سنتان ونصف^(٣)، ووافقنا صاحباه، وقال مالك : سنتان وما قاربهما ولم يحده بشيء محصور . دليلنا : ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « لا رضاع إلا ما كان في الحولين »^(٤)، ولأن ما زاد عن حولين لا يستحق فيه أجره الرضاع فلا يثبت فيه حكم الرضاع كالسنة الرابعة .

١٧٨١ - مسألة : إذا وقع الفطام قبل الحولين ثم عاد شرب حصل به التحريم^(٥) خلافاً لمالك . دليلنا : ما تقدم من الخبر، ولأنه رضاع في حولين أشبه إذا لم يفطم فيه .

١٧٨٠ - مسألة : يتعلق تحريم الرضاع بالوجور والسعوط، وبه قال أكثرهم، وذكره الخرقى^(٦) خلافاً لإحدى الروایتين، وداود واختيار أبي بكر . دليلنا : أن الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم، وهذا موجود هاهنا كوجوده في الرضاع فكانا سواء .

(١) رواه البخاري : ١١٣/٩، والنسائي : ١٠٤/٦، وموطأ مالك : ٦٠٩/٢ .

(٢) جاء في الكافي : ٣٤١/٣ : (ولا تثبت الحرمة بالرضاع بعد الحولين ، لقوله تعالى : «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين، لمن أراد أن يتم الرضاع») سورة البقرة ، آية : ٢٣٢ .

(٣) جاء في تحفة الفقهاء : ٢١٧/٢ : (قال أبو حنيفة : يثبت حكم الرضاع في الصغير إلى ثلاثين شهراً ، فما ارتضع بعد ذلك لم يتعلق به التحريم ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : إلى حولين ، وقال زفر : إلى ثلاث سنين) .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٤٦٢/٧ .

(٥) جاء في المغني : ٣٢١/١١ : (فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم) .

(٦) جاء في الكافي : ٣٤٣/٣ : (ويثبت التحريم بالوجور : وهو أن يصب اللبن حلقه ، لأنه ينشر الطعام وينبت اللحم فأشبه الارتضاع .. وبالسعوط : وهو أن يصب اللبن في أنفه ، لأنه سبيل لفطر الصائم ، فكان سبيلاً للتحريم بالرضاع) .

١٧٨٩ - مسألة : الحقنة لا تنشر الحرمة، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال الشافعي في القديم : تنشر^(٢)، دليلنا : أنه لبن حصل من موضع لا يحصل به التغذية أشبه إذا قطر في إحليله، ورضاع الكبير، ولبن الميتة.

١٧٩٠ - مسألة : يتعلق تحريم الرضاع باللبن المشوب بالماء والطعام ونحوه^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : إذا غلبا على اللبن حتى يصير مستهلكاً لم ينشر الحرمة. دليلنا : أن ما تعلق به التحريم إذا كان غالباً يتعلق به، وإن كان مغلوباً كالمشوب بالدواء.

١٧٩١ - مسألة : إذا صنعت المرأة من لبنها جبناً وأطعمته صبيّاً ثبت التحريم، وبه قال الشافعي^(٤) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا : أن ما حصل به التحريم إذا كان مائعاً، حصل به إذا كان جامداً كالنجاسة.

١٧٩٢ - مسألة : لبن الميتة ينشر الحرمة، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً للشافعي^(٦)، واختاره أبو بكر الخلال. دليلنا : أنه لبن يحرم إذا شرب حال الحياة كذلك بعد

(١) جاء في المغني: ٣١٥/١١: (فأما الحقنة، فقال أبو الخطاب عن أحمد: أنها لا تحرم وهو مذهب أبي حنيفة ومالك، وقال ابن حامد: أنها تحرم وهذا مذهب الشافعي).

(٢) جاء في المهذب: ٥٨٧/٤: (وهل يثبت بالحقنة؟ فيه قولان: أحدهما: يثبت.. والثاني: لا يثبت).

(٣) جاء في الكافي: ٣٤٤/٣: (واللبن المشوب كالمحض في نشر الحرمة، ذكره الخرقى، وهذا إذا كانت صفات اللبن باقية).

(٤) جاء في المهذب: ٥٨٩/٤: (وإن جبن اللبن وأطعم الصبي، حرم، لأنه يحصل به ما يحصل باللبن من إنبات اللبن وانتشار العظم)، أنظر: روضة الطالبين: ٤/٩، المغني لابن قدامة: ٣١٤/١١.

(٥) جاء في المغني: ٣١٦/١١: (ويحرم لبن الميتة، كما يحرم لبن الحية، لأن اللبن لا يموت... المنصوص عند أحمد: أنه ينشر الحرمة).

(٦) جاء في المهذب: ٥٨٩/٤: (فإن شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم، لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً، فبطل بالموت كالوطة).

الموت كما لو حلبى حال الحياة، ولأن أكثر مافيه كونه نجساً، وهذا لا يمنع كما لو طرح في إناء نجس.

١٧٩٣ - مسألة: إذا كان له زوجتان صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة، انفسخ النكاح^(١)، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٣): لا يرجع عليها. دليلنا: أنه كلما لو تعمدت به الإفساد لزمها الضمان، كذلك وإن لم تقصد به كالرمية والمباشرة، ولا يلزم المضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال لأنه يضمن إذا علم بذلك وإن كان لم يقصد الإفساد.

فصل: وتضمن نصف المسمى، وبه قال أبو حنيفة في الموضع الذي يثبت الضمان، وقال الشافعي: نصف مهر المثل. دليلنا: أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، ولهذا لا يملك الأب أن يخالع ابنته الصغيرة بشيء من مالها، ولهذا لو طلق في مرض موته لم يحتسب من ثلثه، وإذا كان كذلك لم يجب ضمانه، وإنما يلزمها نصف المسمى لأجل ما ألزمت الزوج من المهر الذي كان يعرض للسقوط، وهو إذا [.....]^(٤) الزوجة قبل الدخول.

١٧٩٤ - مسألة: إذا كان له زوجتان صغيرتان فأرضعتهما أجنبية واحدة بعد

(١) جاء في المغني: ٣٢٧/١١: (لو تزوج كبيرة وصغيرة فلم يدخل بالكبيرة حتى أرضعت الصغيرة في الحولين، حرمت عليه الكبيرة، وثبت نكاح الصغيرة، وإن كان قد دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعاً).

(٢) جاء في المغني: ٣٢٩/١١: (الفصل الثالث: أن عليه نصف مهر الصغيرة، لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ٢١٨٧/٥: (فأما الكبيرة فإن كان قد دخل بها فلها جميع مهرها، سواء تعمدت الفساد أو لم تنعمد. وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء، وقال مالك: لا شيء لها لأن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارتضاعها).

(٤) كلمة غير واضحة في النسختين.

الأخرى، إنفسخ نكاحهما، وبه قال أبو حنيفة^(١)، وقال الشافعي^(٢) في إحدى قوليهِ : ينفسخ في الثانية فيهما . دليلنا : أنهما حصلتا أختان، أشبه إذا أرضعتها معاً .

١٧٩٥ - مسألة : إذا كان لها لبن من زوج فطلقها، وتزوجت غيره وحملت وزاد لبنها فهو سنهما، وكذلك لو ولدت من الثاني فهو منهما وكذلك لو انقطع لبنها من الأول، وثاب بظهور الحمل من الثاني^(٣)، وقال أبو حنيفة^(٤) : يكون اللبن للأول إلا أن تلد من الثاني فيكون له خاصة^(٥)، وقال الشافعي : إن علقت واللبن بحاله فهو للأول قولاً واحداً، وإن زاد فعلى قولين، أحدهما : للأول، والثاني : أنه لهما، فإن انقطع ثم تاب فعلى ثلاثة أقاويل، أحدها للأول، والثاني لهما، والثالث للثاني، فأما إن وضعت فإنه للثاني قولاً واحداً، فالدلالة على أنه إذا زاد في مدة الحمل فهو بينهما خلافاً لأبي حنيفة أن الحمل سبب اللبن، فإذا زاد

(١) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٨٦/٥ : (ولو تزوج صغيرتين رضيعتين، فجاءت امرأة أجنبية فأرضعتها معاً أو على التعاقب، حرمتا عليه لأنهما صارتا أختين من الرضاعة، فيحرم الجمع بينهما في حالة البقاء، كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب).

(٢) جاء في المهذب : ٥٩٥/٤ : (فإن كان له زوجتان صغيرتان، فجاءت امرأة فأرضعت إحداهما خمس رضعات، ثم أرضعت الأخرى خمس رضعات ففيه قولان، أحدهما : ينفسخ نكاحهما، وهو اختيار المزني، لأنهما صارتا أختين، فانفسخ نكاحهما.. والثاني : أنه ينفسخ نكاح الثانية، لأن سبب الفسخ حصل بالثانية).

(٣) جاء في المغني : ٣٢٦/١١ : (الحال الرابع : أن يكون لبن الأولى باقياً، وزاد بالحمل من الثاني، فاللبن منهما جميعاً، في قول أصحابنا.. وقال أبو حنيفة : هو الأول ما لم تلد من الثاني.. وقال الشافعي : إن لم ينتهي الحمل إلى حال ينزل منه اللبن، فزاد به، ففيه قولان، أحدهما : هو للأول، والثاني : هو لهما).

(٤) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٨٤/٥ : (ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت قد ولدت منه، فانقضت عدتها، وتزوجت بآخر، وهي كذلك فأرضعت صبياً عند الثاني، ينظر إن أرضعت قبل أن تحمل من الثاني فالرضاع من الأول بالإجماع، لأن اللبن نزل من الأول، فلا يرتفع حكمه.. وإن أرضعت بعد ما حملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الأول).

(٥) جاء في المهذب : ٥٩١/٤ : (إذا صار لها لبن على ولد من زوج، فطلقها، وتزوجت بآخر، فاللبن للأول إلى أن تحمل من الثاني، وينتهي إلى حال ينزل اللبن على الحمل).

فالظاهر أن الزيادة لأجله، فكان بينهما، دليله : الإمرأتان إذا اخلطتا بلبنهما .

فصل : والدلالة على أنه إذا انقطع في مدة الحمل ثم عاد، أنه منهما خلافاً للشافعي على بعض أقواله : أن اللبن قد ينقطع لعارض ثم يعود فجعلناه بينهما احتياطاً .

١٧٩٦ - **مسألة :** إذا قال لزوجته هذه أختي من الرضاعة أو النسب، ثم رجع وقال: كذبت، لم يقبل رجوعه^(١)، وهكذا لو اعترف بذلك قبل التزويج، وهكذا المرأة إذا ادعى عليها النكاح فجحدته ثم أقرت، لم يقبل قولها حتى يستأنف النكاح، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة^(٢) : يقبل . دليلنا : أنه أقر بتحريم فرج فلم يقبل رجوعه كقوله : هذه الأمة أختي من النسب .

١٧٩٧ - **مسألة :** إذا ثاب للمرأة لبناً من غير حمل، لم يحصل به التحريم^(٣)، خلافاً لأكثرهم^(١) . دليلنا : أنه لبن من غير حمل، فلا يتعلق به التحريم كلبن الميتة والمشوب وهذا مركب على الشافعي الأول، وعلى أبي حنيفة الأصل الثاني .

(١) جاء في المغني : ٣٤٣/١١ : (أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة، وانفسخ نكاحه، ويفرق بينهما، وبهذا قال الشافعي .. وقال أبو حنيفة : إذا قال : وهمت، أو أخطأت قبل قوله) .

(٢) جاء في بدائع الصنائع : ٢١٩٢/٥ : (أما الإقرار: فهو أن يقول لامرأة تزوجها هي أختي من الرضاع أم أنبي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصر عليه، فيفرق بينهما، لأنه أقر ببطلان ما يملك إبطاله للرجال، فيصدق فيه على نفسه، وإذا صدق لايحل له وطئها . فإن أقر بذلك، ثم قال : أوهسب . أو أخطأت، أو غلطت، أو كذبت، فهما على النكاح، ولا يفرق بينهما عندنا) .

(٣) جاء في المغني : ٣٢٤/١١ : (وإذا ثاب لامرأة لبن من غير وطء، فأرضعت به طفلاً نشر الحرمة في أظهر الروايتين، وهو قول ابن حامد، ومذهب مالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، لقوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ ، ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم، كما لو ثاب بوطء، ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال، والرواية الثانية : لا تنشر الحرمة، لأنه نادر ولم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبه لبن الرجال، والأول هو الأصح) .

(١) جاء في المدونة : ٢٩٩/٢ : (قلت : أرأيت لبن الجارية البكر التي لم تنكح قط، إن أرضعت به صبياً، أتقع الحرمة أم لا في قول مالك؟ قال : نعم تقع به الحرمة) .

كتاب

الحضانة^(١) والنفقات^(٢)

١٧٩٨ - مسألة: نفقة الزوجات غير مقدرة بالشرع وإنما تعتبر بهما، فإن كانا موسرين فنفقة موسرين، وإن كانا معسرين فنفقة معسرين، وإن كانا متوسطين فنفقة متوسطين، وإن كان الزوج خاصة موسراً فنفقة متوسط، وإن كانت هي خاصة موسرة لزمه أقل الكفاية والباقي في ذمته^(٣)، وبه قال أصحاب أبي حنيفة^(٤)، وأصحاب مالك^(٥)، وقال الشافعي^(٦): تعتبر بالزوج،

(١) الحضانة: مشتقة من الحضن، وهو مادون الإبط إلى الكشح، وحضنا الشيء: جانباه، وحضن الطائر: بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها. وقيل: الحضن هو الصدر. وشرعاً: هي حفظ ما لا يستقل وتربيته. انظر: مغني المحتاج: ٤٥٢/٣. وعرفها البهوتي بقوله: (هي حفظ صغير ومعتوه وهو المختل العقل ومجنون عما يضرهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم). انظر: شرح منتهى الإرادات: ٢٦٣/٣.

(٢) النفقات: جمع نفقة، وهي: لغة الدراهم ونحوها، مأخوذة من النافق، موضع يجعله اليربوع في مؤخر الجحر رقيقاً يعده للخروج إذا أتى باب الجحر دفعه وخرج منه.

وشرعاً: كفاية من يمونه خبزاً وإداماً وكسوة وسكناً وتوابعها. شرح منتهى الإرادات: ٢٤٣/٣. (٣) جاء في المغني: ٣٤٨/١١: (وجملة الأمر أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها).

قال أصحابنا: (ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً، فإن كانا موسرين فعليه لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين فعليه نفقة المتوسطين، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان المعسر. وقال أبو حنيفة ومالك: يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها).

(٤) جاء في تحفة الفقهاء: ١٥٩/٢: (وأما مقدار النفقة فيعتبر فيه حال الرجال من اليسار والإعسار دون حال المرأة).

(٥) جاء في حاشية الدسوقي مع الدردير: ٥٠٩/٣: (أي يجب على الزوج البالغ لزوجته المطيعة الممكنة ما تأكله وإدام وكسوة ومسكن بالعادة... أي عادة أمثالها، فإن تساوبا فالأمر ظاهر، وإن كان فقيراً لا قدرة له إلا على أدنى كفاية من الأربعة، فالعبرة بوسعه فقط، وإن كان غنياً وهي فقيرة أوجب لحالة أعلى من حالها ودون حاله...).

(٦) جاء في حلية العلماء: ١٠٣٥/٣: (إذا كان الرجل موسراً وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه لزمه في كل يوم مدان، وإن كان معسراً وهو الذي لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه مد، وإن كان متوسطاً وجب مد ونصف).

فمع يساره مُدين، ومع إعساره مُد، ومع توسطه مد ونصف. فالدلالة على أن الاعتبار بحال المرأة قوله ﷺ لهند : «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١)، ولأنها نفقة واجبة فجاز أن تعتبر بحال المنفق كنفقة الأقارب، أو فلا تقدر شرعاً، أصله ما ذكرنا.

١٧٩٩ - مسألة: لا يلزم الزوج أن يخدم امرأته زيادة على خادم واحد. وبه قال أكثرهم.^(٢) وقال مالك^(٣): إذا كانت تحتاج إلى جماعة خدم لكثرة أموالها لزمه ذلك، دليلنا: أن ما زاد عن الواحد لأجل أموالها أشبه أجره المسكن، والمخزن لأموالها وكفطرة عبيدها.

١٨٠٠ - مسألة: إذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيراً لا يجامع مثله، فعليه النفقة^(٤)، وبه قال أبو حنيفة^(٥) خلافاً لمالك وأحد قولي الشافعي^(٦) دليلنا: أنها سلمت نفسها في بيت زوجها تسليماً صحيحاً أشبه لو كان كبيراً.

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري: ١٠٣/٣، ومسلم: ١٣٣٨/٣، وأبو داود: ٢٥٩/٢، والنسائي: ٢١٦/٨.

(٢) جاء في المغني: ٣٥٥/١١: (فإن كانت المرأة لا تخدم نفسها لكونها من ذوي الأقدار، أو مريضة، وحب لها خادم لقوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾، ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادماً.. ولا يجب لها أكثر من خادم واحد، لأن المستحق خدمتها في نفسها، ويحصل ذلك بواحد، وهذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي).

(٣) جاء في الدسوقي: ٥١٠/٣: (ويجب عليه إخدام أهله - أي أهل الإخدام بأن يكون الزوج ذا سعة، وهي ذات قدر ليس شأنها الخدمة، فيأتي لها بخادم أو أكثر من واحد). وقال ابن القاسم في الموازية: (من أنه لا يلزمه أكثر من خادم واحد).

(٤) جاء في منتهى الإرادات: ٢٤٩/٣: (ومتى تسلم زوج من يلزمه تسلمها وهي التي يوطأ مثلها تسليماً تاماً، ولن مع صغر زوج، أو مرضه، أو عنته، أو جب: أي قطع ذكره، بحيث لا يمكنه وطء لزمته نفقتها وكسوتها لعموم قوله ﷺ في حديث جابر: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»).

(٥) جاء في بدائع الصنائع: ٢٢٠٥/٥: (وإن كان الزوج صغيراً والمرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها).

(٦) جاء في حلية العلماء: ١٠٣٣/٣: (وإن كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيراً ففيه قولان، أصحهما: وجوب النفقة. والثاني: لا نفقة لها، وهو إحدى الروايتين عن أحمد).

١٨٠١ - مسألة: لا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلها^(١)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي في أصح قولييه. دليلنا: أن التسليم الصحيح تعذر منها فهي كالناشر، بل تلك أحسن حالاً، لأنها تجبر على الجماع، وهذه بخلافه.

١٨٠٢ - مسألة: إذا اختلف الزوجان في قبض النفقة بعدما وجد التسليم، فالقول قول الزوجة، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لمالك أن القول قول الزوج. دليلنا: أنهما زوجان اختلفا في قبض النفقة أشبه قبل التسليم، وكما لو فرض الحاكم عليه النفقة.

١٨٠٣ - مسألة: الإعسار بالنفقة يثبت الفسخ للزوجة، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه حق مقصود بكل نكاح، فالعجز عنه يثبت الفسخ كالوطء، ولأنه أحد الإمساكين فأمر برفعه لعدم النفقة كالإمساك باليد.

١٨٠٤ - مسألة: نفقة الزوجات لا تسقط بمضي الزمان، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: تسقط ما لم يحكم بها حاكم، وبه قال أبو حنيفة^(٤) وجه الأولى: أنه حق لا يعتبر في وجوبه حكم حاكم، فلا يعتبر في استقراره كالأجرة والمهر.

فصل: فإن قلنا: يفتقر إلى حكم حاكم فمات وقد حكم به حاكم لم يسقط

(١) جاء في المغني: ٣٩٦/١١: (المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين: أن تكون كبيرة يمكن وطؤها، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها).

(٢) جاء في حلية الفقهاء: ١٠٣٨/٣: (فإن اختلف الزوجان في الإنفاق ولم تكن بيينة، فالقول قول الزوجة، وبه قال أبو حنيفة وأحمد).

(٣) جاء في المغني: ٣٦١/١١: (وجملته أن الرجل إذا منع امرأته النفقة لعسرتة، وعدم ما ينفقه فالمرأة مخيرة بين الصبر وبين فراقه).

(٤) - في الإنصاف: ٣٨٨/٩: (وتكون النفقة ديناً في ذمته، هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب).

خلافاً لأبي حنيفة. ^(١) دليلنا: أنه دين ثابت تجوز الكفالة به ويحبس به، فهو كسائر الديون.

١٨٠٥ - مسألة: إذا سافرت المرأة في غير واجب بإذن زوجها سقطت نفقتها ^(٢) خلافاً للشافعي. ^(٣) دليلنا: أنها سافرت في حقها لغير واجب أشبه إذا لم يأن.

١٨٠٦ - مسألة: إذا طلبت الأم نفقة مثلها فهي أحق برضاع ولدها ^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا كان هناك متطوع، أو من يرضعه بدون عوض المثل كان للأب أن يسترضع ^(٥) غيرها، وعن الشافعي مثله، وبه يفتون. دليلنا: أنهم لم يسقطوا حقها من الحضانة فلا يسقط من الرضاعة، كما لو طلب الغير أجرة المثل.

(١) جاء في المبسوط: ١٨٤/٥: (وأما الماضي، فلأنه بمنزلة سائر الديون يؤمر بقضائها، ولا يجبر على إعطاء الكفيل، ولو خاصمته امرأته في نفقة ما مضى من الزمان قبل أن يفرض القاضي عليه لها النفقة لم يكن لها شيء من ذلك عندنا).

وعلى قول الشافعي - رحمه الله - يقضى لها بما لم تستوف من النفقة الماضية. وأصل المسألة: أن النفقة لا تسير ديناً إلا بقضاء القاضي أو التراضي عندنا، وعند الشافعية: تصير ديناً، لأن وجوبها بالعقد فلا تحتاج إلى القضاء أو إلى الرضاء في صيروتها بعد العقد كالمهر).

(٢) جاء في المغني لابن قدامة: ٤٠٠/١١: (إذا سافرت زوجته بإذنه في حاجة نفسها، سقطت نفقتها، لأنها فوت التمكين لحظ نفسها، وقضاء حاجتها).

(٣) جاء في المهذب: ٦٠٢/٤: (وإن أحرمت بالحج بإذنه فإن خرجت معه، لم تسقط نفقتها، لأنها لم تخرج من طاعته وقبضته، وإن خرجت وحدها فعلى قولين، أحدهما: لا يسقط، لأنها سافرت بإذنه. والثاني: يسقط، لأن النفقة للتمكين من الاستمتاع وقد عدم).

(٤) جاء في المغني: ٤٣١/١١: (إن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها، فهي أحق به، سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها، وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد.. وقال أصحاب الشافعي: إن كانت في حبال الزوج، فلزوجها منعها من إرضاعه، لأنه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الأحيان).

(٥) جاء في المبسوط: ٢٠٨/٥: (فإن كان من ترضعه المرأة ولم تأخذ المرأة بذلك، استأجر ظئراً لترضعه. قال تعالى: ﴿وإن تعاسرتن فسترضعن له أخرى﴾، ولأنها قصدت الإضرار بالزوج في التحكم عليه وطلب الزيادة).

١٨٠٧ - مسألة: لا تجبر الحرة على رضاع ولدها، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً لمالك^(٢). دليلنا: أنها حرة أشبه الشريفة، والمبتوتة، والموسرة.

١٨٠٨ - مسألة: يجبر الوارث على نفقة من يرثه بفرض أو تعصيب، وفي نوي الأرحام روايتان^(٣)، وقال أبو حنيفة: يجبر على نفقة كل ذي رحم محرم^(٤)، وقال مالك: لا يتعدى الابن الأدنى والأب الأدنى^(٥)، وقال الشافعي: يجبر على نفقة الوالدين وإن عليا، والمولودين وإن سفلوا، ولا يتعدى عمودي النسب، والدلالة عليه أولاً قوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ إلى قوله: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾^(٦)، ولأنه يرثه بفرض أو يرثه بتعصيب أشبه الوالدين والمولودين، والدلالة على أبي حنيفة، وأن الخالة والعمة لا يلزمهما نفقته أنهما لا يرثان بفرض ولا تعصيب، أشبه ابنة الخالة، وابنة العمة.

(١) جاء في كشف القناع: ٤٨٧/٥: (وإن امتنعت الأم الحرة من إرضاع ولدها لم تجبر ولو كانت في حبال الزوج لقوله تعالى: ﴿وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى﴾، إلا أن يضطر الصغير إليها، أو يخشى عليه).

(٢) جاء في المدونة: ٣٠٤/٢: (قال: وسألت مالكا عن المرأة ذات الزوج أيلزمها إرضاع ولدها..؟ فقال: نعم، على ما أحببت أو كرهت، إلا أن تكرر مما لا تكلف ذلك. قال: فقلت لمالك: ومن التي لا تكلف ذلك..؟ فقال: المرأة ذات الشرف واليسار الكثير، الذي ليس مثلها، ترضع وتعالج الصبيان، فأرى ذلك على أبيه، وإن كان لها لبن).

(٣) ظاهر المذهب: أن النفقة تجب على كل وارث لمورثه، وبه قال الحسن، ومجاهد، والنخعي، وأبو ثور، وحكى ابن المنذر بن محمد عن أبيه عن أحمد: النفقة على العصابات، لأنها مواسة ومعونة تختص القرابة، فاخصت بها العصابات كالعقل).

(٤) جاء في المسبوط: ٢٢٣/٥: (قال: وكذلك يجبر على نفقة كل ذي رحم محرم منه الصغار والنساء وأهل الزمانة من الرجال، إذا كانوا ذوي حاجة عندنا.. وقال الشافعي: لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين).

(٥) جاء في الشرح الكبير للدردير: ٥٢٢/٣: (وتجب النفقة بالقرابة على الوالد الحر الموسر، صغيراً، أو كبيراً، ذكراً، أو أنثى).

(٦) سورة البقرة: الآية رقم: ٢٣٣.

١٨٠٩ - مسألة: يجبر المولى الأعلى على نفقة المولى الأدنى^(١) خلافاً لأكثرهم،
دليلنا: أنه سبب يستحق به الإرث، أشبه النكاح والنسب.

١٨١٠ - مسألة: إذا بلغ الولد معسراً، ولا حرفة له لم تسقط نفقته عن أبيه^(٢)
خلافاً للشافعي^(٣)، ووافقنا أبو حنيفة في الأنثى خاصة. دليلنا: أن وجوب
البلوغ مع الأعسار وعدم الحرفة لا يسقط النفقة، كما لو كان الولد زمنياً، وعلى
أبي حنيفة الأنثى.

١٨١١ - مسألة: إذا اجتمع الورثة فالنفقة عليهم على قدر ميراثهم^(٤)، وذلك
فيما عدا الأبوين الأدنى فيتعين في الجد والأم فالنفقة أثلاثاً، وكذلك البنت
والابن، وفي الابنة وابن الابن نصفان، ووافقنا أبو حنيفة في الأولين، وقال في
الأخيرة: النفقة على الابن خاصة، وقال الشافعي: النفقة في هذه المواضع
على الذكور خاصة. دليلنا: أن الابن والبنت تساويان في البنوة والتعصب
فاشتركا في النفقة كالأبنين، ولأن الجد يدلي بغيره والأم بنفسها، فلا يتقدم
عليها في النفقة كالجد مع الأب.

(١) جاء في المغني: ٣٨٨/١١: (النفقة تجب على الوارث، والمعتق وارث عتيقه، فتجب عليه نفقته إذا كان فقيراً، ولمولاً يسار ينفق عليه منه. وقال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي: لا تجب النفقة عليه).

(٢) جاء في المغني: ٣٧٧/١١: (هل يشترط في الولد نقص الخلقة ولا نقص الأحكام...؟ فكلام الإمام أحمد يقتضي روايتين، إحداهما: نلزم نفقته، لأنه فقير. والثانية: إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزمه نفقته).

(٣) جاء في المذهب: ٦٢٨/٤: (ولا يستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة، فإن كان موسراً لم يستحق، لأنها تجب على سبيل الموساة، والموسر مستغن عن الموساة. وإن كان قادراً على الكسب بالصحة والقوة، فإن كان من المولودين ففيه طريقان: من أصحابنا من قال: فيه قولان كالوادين، ومنهم من قال: لا يستحق قولاً واحداً). انظر: مغني المحتاج: ٤٤٨/٣.

(٤) جاء في كشف القناع: ٤٨٢/٥: (وإن كان للفقير ولو حملاً غير وارث غير أب، فنفقته عليهم على قدر إرثهم منه، لأن الله تعالى رتب النفقة على الإرث، فيجب أن يرتب المقدار عليه، فأمر وجد لأب على الأم الثلث، والباقي على الجد، لأنهما يرثانه كذلك).

١٨١٢ - مسألة: إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها^(١)، فإن طلقت عادت حضانتها، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك.^(٢) دليلنا: أن العلة المانعة زالت أشبه إذا عدلت بعد أن فسقت.

١٨١٣ - مسألة : إذا افترقا الزوجان وبينهما ولد، فالأم أحق به إلى سبع، ثم يخير^(٣) الغلام، وتجعل الجارية مع الأب، وقال أبو حنيفة^(٤) : الأم أحق بالجارية حتى تبلغ، وبالغلام حتى يستقل بنفسه ولا يحتاج إلى من يطعمه ويسقيه ويلبسه، ثم يكون مع الأب بلا تخيير، وقال مالك : الأم أحق بالجارية حتى تبلغ وتتزوج ويدخل بها، وأما الغلام فحتى يتغر ثم يخير بينهما، وروي عنه : حتى يبلغ الحلم، وقال الشافعي^(٥) : الأم أحق بهما إلى سبع ثم يخيران. دليلنا : على

- (١) جاء في المغني: ٤٢٠/١١: (إن الأم إذا تزوجت، سقطت حضانتها، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم، قضى به شريح وهو قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، وحكي عن الحسن: أنها لا تسقط بالتزويج).
- (٢) جاء في الشرح الكبير للدردير: ٥٢٢/٢: (ولا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها أو موت زوجها، أو بعد فسخ النكاح الفاسد بعد البناء على الأرجح).
- (٣) جاء في الكافي: ٣٨٥/٣: (وإذا بلغ الغلام سبعا وهو غير معتوه، خير بين أبويه فكان مع من اختار منهما، لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه) رواه سعيد.
- وإذا بلغت الجارية سبعا تركت عند الأب بلا تخيير، لأن حفظها في الكون عند أبيها، لأنها تحتاج إلى الحفظ والأب أولى به).
- (٤) جاء في بدائع الصنائع: ٢٢٥٧/٥: (وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء فالأم والجدتان أحق بالغلام حتى يستغنى عنهن فيأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، كذا ذكر في ظاهر الرواية، وذكر أبو داود بن رشيد: ويتوضأ وحده.. يريد به الاستنجاء - أي: ويستنجي وحده، ولم يقدر في ذلك تقديراً، وذكر الخصاف سبع سنين، أو ثمان سنين، أو نحو ذلك. وأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض، كذا ذكر في ظاهر الرواية).
- (٥) جاء في روضة الطالبين: ١٠٣/٩: (فأما إذا صار الصغير مميزاً، فيخير بين الأبوين إذا افترقا، ويكون عند من اختار منهما، وسواء في التخيير الابن والبنت، وسن التمييز غالباً سبع سنين، أو ثمان تقريباً، قال الأصحاب: وقد يتقدم التمييز عن السبع وقد يتأخر عن الثمان).

ثبوت التخير في الجملة ما روي عن النبي ﷺ : «أنه خير غلاماً بين أبويه»^(١)، وهذه اللفظة تستعمل فيمن لم يبلغ، ولأن السبع سن يؤمر فيه بفعل الصلاة والطهارة، فصح مع التخير. دليله بعد البلوغ، والدلالة على الشافعي أن المقصد طلب الحظ والأب أحظ لابنته إذا بلغت هذا السن، لأنها الحالة التي يهتم فيها بالأزواج، والأب أعرف بذلك.

١٨١٤ - مسألة : الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت من الأم، ومن الخالة^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة^(٤) : هما أحق منها. دليلنا : أنهما شخصان اتفقا في عدم الولادة، فكان أولاهما بالميراث وأولاهما بالحضانة كالأخت من الأبوين مع الأخت من الأب.

١٨١٥ - مسألة : إذا اختلف بالأبوين الدار، فالأب أحق بولده سواء كان هو المنتقل أم هي، وبه قال أكثرهم^(٥) وفيه رواية أخرى : الأم أحق، وبه قال أبو حنيفة. دليلنا : أنهما أبوان اختلفت لهما الدار واستوت حالهما، فكان الولد مع الأب، كما لو انتقلت الأم من مصر إلى قرية.

(١) أخرجه الترمذي في جامعه: ٦٣٨/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣/٨، وابن ماجه في سننه: ٧٨٧/٢، وأحمد في مسنده: ٤٤٦/٥، والحاكم في المستدرک: ٢٢٥/٢.

(٢) جاء في المغني: ٤٢٣/١١ : (مسألة: والأخت من الأب أحق من الأخت لأم، وأحق من الخالة).

(٣) جاء في المذهب: ٦٤٤/٤ : (وتقدم الأخت من الأب، ثم الأخت لأب، ثم الأخت لأم، ثم الخالات).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ٢٢٥٤/٦ : (وأولى الأخوات: الأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب، لأن الأخت لأب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الأخت لأم بقرابة الأب، وترجح الأخت لأم لأنها تدلي بقرابة الأم فكانت أولى من الأخت لأب. واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت لأب مع الخالة أيتهما أولى ...).

(٥) جاء في الكافي: ٣٨٧/٣ : (وإن كان السفر لنقلة إلى بلد آمن بعيد في طريق آمن، فالأب أحق بالولد، لأن كونه مع أبيه أحفظ لنسبه، وأحوط عليه، وأبلغ في تأديبه وتخريجهم).

١٨١٦ - مسألة : للإمام أن يجبر الإنسان على نفقة بهائم أو بيعها^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : يأمره على طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا يجبره. دليلنا : أنه حيوان يجب على مالكة نفقته أشبه العبد.

(١) جاء في المغني : ٤٤١/١١ (ومن ملك بهيمة، لزمه القيام بها، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه من علفها، أو إقامة من يرعاها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال : «عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعاً، فلا هي أطعمتها، ولا هي أرسلتها تأكل من حشاش الأرض» . فإن امتنع من الإنفاق عليها أجبر على ذلك، فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما يذبح، وقال أبو حنيفة لا يجبره الحاكم بل يأمره كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر).

كتاب الجنايات^(١)

١٨١٧ - مسألة: لا يُقتل المسلم بالكافر^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ في حديث عائشة: «لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده»^(٣)، ولأنه منقوص بالكفر أشبه المستأمن.

١٨١٨ - مسألة: لا يقتل حر بعبد، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبو حنيفة: يقتل بعبد غيره دون عبده، وقال داود: يقتل بهما. دليلنا: أنه أحد نوعي القصاص أشبه القصاص بالأطراف، ونخص داود بما روي أن النبي ﷺ «أتى برجل قد قتل عبده فجلده ونفاه سنة»^(٥)، وعن أبي بكر، وعمر أنهما كانا لا يريان قتل

(١) الجنايات: جمع جنابة، جنى الذنب عليه يعجنه جنابة يجره إليه، وجنى الثمرة اجتنابها، فالجنابة هي الذنب والجرم ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة.

وشرعاً: هي التعدي على البدن بما يوجب قصاصاً أو يوجب مالاً. شرح منتهى الإرادات: ٢٦٧/٣.

(٢) هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، يمكن إيجازها على النحو التالي:

القول الأول: أن المسلم يقتل بالذمي، لأن ما شرع من قبلنا شرع لنا إذا قص علينا من نكير. قال الله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ من غير تفصيل بين المسلم والذمي، وصح بما روي عن النبي ﷺ: أنه أقاد مسلماً بذمي.

القول الثاني: أن المسلم لا يقتل بالذمي، لأن القصاص مبني على المساواة ولا مساواة بين الكافر والمسلم. انظر: المبسوط: ١٣١/٦، وتحفة الفقهاء: ١٤٥/٣، والأم: ٢٥/٦، والوجيز: ١٢٥/٢، وشرح منتهى الإرادات: ٢٧٠/٣.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه: ٢٥/٤، وابن ماجه في سننه: ٨٨٨/٢، وأحمد في مسنده: ١٩١/٢، ١٩٤، والنسائي في السنن الكبرى: ٢٣٥/٤.

(٤) جاء في المغني: ٤٧٣/١١: (ولا حر بعبد، لما روي عن أحمد أنه قال: من السنة أنه لا يقتل حر بعبد).

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٨٨٨/٢، وأبو يعلى في مسنده: ٤٠٤/١، والدارقطني في سننه: ١٤٣/٣، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٧٣/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٤٣/٣.

كتاب الجنايات

حر بعبد، وعن علي أنه قال : «من السنة أن لا يقتل حر بعبد»^(١).

١٨١٩ - مسألة : لا يُقتل الأب بابنه^(٢)، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لمالك^(٤) وداود.

دليلنا: أن من لا يقاد به إذا قتله حدفاً لا يقاد به، وإن قتله ذبحاً كالمسلم بالكافر، والحر بالعبد، وهذا الوصف على مالك.

١٨٢٠ - مسألة : يجري القصاص بين المرأة والرجل في الأطراف، وهكذا

العبيد بعضهم مع بعض^(٥)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن من جرى بينهما القصاص في الأنفس جرى في الأطراف السليمة كالرجلين والمرأتين والحرين.

(١) ورد عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لا يقتل عبد بحر». أخرجه الدارقطني في سننه: ١٣٣/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٣٥/٨.

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٨٠/٣: (ولا يقتل أحدهم، أي الأب، والأم، والجد والجدة، وإن علوا من نسب به، أي بالولد، أو ولد البنت وإن سفلاً لحديث عمر وابن عباس مرفوعاً: (لا يقتل والد بولده)، ولأنه سبب إيجاده فلا ينبغي أن يسلط بسببه على إعدامه).

(٣) جاء في نهاية المحتاج: ٢٥٨/٧: (ولا قصاص بقتل ولد ذكر أو أنثى للقاتل الذكر أو الأنثى وإن سفلاً، لخبر: (لا يقاد للابن من أبيه)، وفي رواية (لا يقاد الوالد بالولد)، ولأنه كان سبباً في وجوده فلا يكون هو سبباً في عدمه).

(٤) جاء في بداية المجتهد: ٢٢٩/٤: (واختلفوا في هذا الباب في الأب والابن، فقال مالك: لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه، فأما إن حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل، وكذلك الجد عنده مع حفيده، لعموم القصاص بين المسلمين. وقال أبو حنيفة، والشافعي، والثوري: لا يقاد الوالد بولده، ولا الجد بحفيده إذا قتله بأي وجه كان من أوجه العمد).

(٥) جاء في كشف القناع: ٥٤٧/٥: (كل من أ قيد بغيره في النفس أ قيد به فيما دونها من حر وعبد، لأن من أ قيد بغيره في النفس إنما أ قيد به لحصول المساواة المعتبرة للقوقد، فوجب أن يقاد به فيما دونها ...

تعليق: وحيث إن الرجل يقاد بالمرأة، والعبد بالعبد، فوجب أن يقاد في الأطراف كذلك).

١٨٢١ - مسألة: تقتل الجماعة بالواحد^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لداود وإحدى الروایتين. دليلنا: أنها عقوبة تجب للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف.

١٨٢٢ - مسألة: تقطع الأيدي باليد^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(٤). دليلنا: أنه أحد نوعي القصاص أشبه القصاص في النفس.

١٨٢٣ - مسألة: يجب القصاص في الأنف بالمثل، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه أحد نوعي القصاص، أشبه القصاص في الأطراف، لأنها آلة يقصد بها القتل غالباً أشبه المحدد.

١٨٢٤ - مسألة: قتل عمد الخطأ فيه دية دون القود، وهو ما وجد فيه عمد في

(١) جاء في الكافي: ٩/٤: (أحدهما: أن يشترك جماعة في قتل من يكافئهم عمداً، فيجني كل واحد منهم جناية، يضاف إليه القتل لو انفردت، فيجب القصاص على جميعهم .. وعنه لا يجب على واحد منهم لقوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾. مفهومه: أنه لا يؤخذ به أكثر من نفس واحدة.. والمذهب الأول، لما روى سعيد بن المسيب: أنه عمر - رضي الله عنه - قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً واحداً، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً، ولم ينكره منكر، فكان إجماعاً).

(٢) جاء في حلية العلماء: ١٠٥٣/٣: (وتقتل الجماعة بالواحد إذا اشتركوا في قتله، روي عن ذلك عن عمر، وعلي، وابن عباس - رضي الله عنهم -، وعطاء، ومالك، وأبي حنيفة، وأحمد في إحدى الروایتين عنه).

وحكي عن عبدالله بن الزبير، ومعاذ بن جبل: أنه لا يقتل الجماعة بالواحد، ولكن الولي يقتل واحداً منهم ويأخذ من الباقي حصتهم من الدية).

(٣) جاء في المغني لابن قدامة: ٤٩٣/١١: (وجملته أن الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص، وجب القصاص على جميعهم، وبه قال مالك والشافعي). وقال الحسن، والزهرى، وأصحاب الرأي: لا تقطع يداً بيد واحدة، ويتعين ذلك وجهاً في مذهب أحمد).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ٤٧٦٥/١٠: (ولا يؤخذ العدد بالعدد فيما دون النفس مما يجب على أحدهما فيه القصاص لو انفرد كالاثنين إذا قطعاً يد رجل أو رجله أو أصبعه، أو أذهبا سمعه أو بصره أو قلعا سنوله، أو نحو ذلك من الجوارح التي على الواحد منهما فيها القصاص لو انفرد فلا قصاص عليهما، وعليهما الأرض نصفان، وكذلك ما زاد على الثلاث من العدد هو بمنزلة الاثنين ولا قصاص عليهما وعليهم الأرض على عددهم بالسواء، وهذا عندنا، وعند الشافعي يجب القصاص عليهم وإن كثروا كما في النفس).

الفعل وخطأ في القصد ، وبه قال أكثرهم^(١)، وقال مالك : هذه التسمية لا تصح ويجب القود.^(٢) دليلنا: قوله ﷺ : «إلا أن في قتل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها»^(٣)، ولأنه يشبه العمد لأنه قصد إلى ضربه ويشبه الخطأ لأنه أخطأ في قصده إذ لم يعتقد قتله، فصار ملحق بكل واحد منهما كالمكاتب.

١٨٢٥ - مسألة : إذا غصب صبياً فمات عنده بصاعقة أو نهشه حية ضمنه بدية خطأ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا ضمان. دليلنا: أن الحر يضمن بالجناية وهذه جناية، لأن الحية والصاعقة تختص بمكان دون مكان، والصبي لا يمكنه التحرز، فإذا فعل به هذا حصل كأنه قربه من الجناية وعرضه للتلف أشبه الحافر للبئر، والواضع للحجر في الطريق.

١٨٢٦ - مسألة : يجب القصاص على المكره على القتل، والمكره جميعاً، وبه قال مالك^(٤)، وقال أبو حنيفة : لا قصاص على المأمور بل على الأمر خاصة.^(٥)

(١) جاء في زمغني : ٤٦٢/١١ : (شبه العمد أحد أقسام القتل : وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً، إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له، فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير، وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل فهو شبه عمد، لأنه قصد الضرب دون القتل، ويسمى عمد الخطأ، وخطأ العمد.. فهذا لا قود فيه، والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم).

(٢) جاء في بداية المجتهد : ٢٣٧/٤ : (وأما إن ضربه بلطمة أو سوط، أو ما أشبه ذلك، فالمشهور عند الجمهور أن ذلك شبه عمد ولا قصاص فيه، وفي رواية عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الإدم مع ابنه).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٤٤٨/٨ ، والنسائي في السنن الكبرى : ٢٣٢/٤ ، والشافعي في مسنده : ص ١٨٠ .

(٤) جاء في الكافي : ١٧/٤ : (أحدهما: أن يكره غيره على قتله فيجب القصاص على المكره والمكر جميعاً، لأن المكره تسبب إلى قتله بما يقتل غالباً، والمكره قتله ظلماً لاستيقاء نفسه فلزمه القصاص، كما لو قتله في الجماعة).

(٥) جاء في بدائع الصنائع : ٤٦٣٠/١٠ : (والقتل تسبباً كالقتل مباشرة في حق وجوب القصاص كالإكراه على القتل، أنه يوجب القصاص على المكره وإن لم يكن قتلاً بطريق المباشرة لوقوعه قتلاً بطريق التسبب).

وعن الشافعي كالمذهبيين، وقال أبو يوسف : لا يقتل واحد منهما، وقال زفر: يقتل المأمور خاصة. فالدلالة على أنه يقتل المأمور أنه قتل من يكافئه ظلماً لاستبقاء نفسه أشبه إذا قتله ليأكله. والدلالة على أبي يوسف : أن الروح خرجت عن عمد محض مضمون فلم يعر عن قصاص مع وجود التكافؤ كما لو باشره المختار بالقتل.

١٨٢٧ - مسألة: إذا رجع الشهود بالقتل بعد استيفاء القصاص وقالوا تعمدنا، فعليهما القصاص^(١)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة^(٢) في قوله : الدية خاصة. دليلنا: ما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال للشاهدين بالسرقة لما رجعا: «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما»، ولأنهما اعترفا بالتعمد إلى سبب يقصد به النفس، فهو كما لو رميا وقالوا تعمدنا قتله.

١٨٢٨ - مسألة: يقتل المرتد بقتل الذمي^(٣) خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٤). دليلنا: أنه كافر أشبه الكافر الأصلي.

(١) جاء في المغني: ٤٥٦/١١: (إذا شهد رجلان على رجوع بما بوجب قتله، فقتل بشهادتهما، ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً، وكذبهما في شهادتهما فعليهما القصاص، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا قصاص عليهما، لأنه تسبب غير ملجئ فلا يوجب القصاص).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٣٠/١٠: (وأما الذي يرجع إلى نفس القتل تنوع واحد، وهو أن يكون القتل مباشرة، فإن كان تسبباً لا يساوي القتل مباشرة .. وعلى هذا يخرج شهود القصاص إذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه أنه لا قصاص عليهم عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله--).

(٣) جاء في المغني: ٤٧٢/١١: (ويقتل المرتد بالمسلم والذمي، ويقوم القصاص على القتل بالردة، لأنه حق آدمي، وإن عفا عنه ولي القصاص، فله دية المقتول، فإن أسلم المرتد فهي في ذمته، وإن قتل بالردة أو مات تعلق بماله).

(٤) جاء في المهذب: ١٣/٥: (وإن قتل مرتد ذمياً، ففيه قولان، أحدهما: أنه يجب القصاص، وهو اختيار المزني، لأنهما كافران فجري القصاص بينهما كالذميين، والثاني: أنه لا يجب، لأن حرمة الإسلام باقية في المرتد بدليل أنه يجب عليه قضاء العبادات، ويحرم استرقاقه).

١٨٢٨ - مسألة: لا يجب القود على الممسك^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢) خلافاً لما لك وإحدى الروايتين. دليلنا: قوله ﷺ في حديث ابن عمر: «إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك»^(٣)، ولأنه مباشرة صادفت سبباً غير ملجئ فوجب القتل على المباشر دون السبب، كالحافر والناصب مع الدافع.

١٨٢٩ - مسألة: لولي الدم العفو^(٤) إلى مال من غير رضا الجاني^(٥)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة، والصحيح من مذهب مالك^(٦) دليلنا: أن من ثبت له القصاص على غير ملك كان له الانتقال إلى مال من غير رضا الجاني. دليله

(١) جاء في الكافي: ١٦/٤: (وإن أمسكه لرجل ليقتله فقتله، ففيه روايتان، إحداهما: عليه القصاص، لأنه تسبب إلى قتله بما يقتل غالباً، فأشبه شهود القصاص إذا رجعوا، والثاني: لا قصاص ولكن يحبس حتى يموت، لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا أمسك الرجل وقتل الآخر، يقتل الذي قتل، ويحبس الذي أمسك»، أخرجه الدارقطني، ولأنه حبس إلى الموت فيفعل به مثل فعله).

(٢) جاء في روضة الطالبين: ١٣٣/٩: (ولو أمسك رجل رجلاً فقتله آخر، فالضمان على القاتل ولا شيء على الممسك إلا أنه يأثم إذا أمسكه للقتل ويعزر).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٥٠/٨، والدارقطني في سننه: ١٤٠/٣.

(٤) العفو: هو المحو والتجاوز والإسقاط.

(٥) جاء في شرح منتهى الإبداعات: ٢٨٨/٣: (وأجمعوا على جواز العفو، ويجب بعمد عدوان القود، أو الدية، فيخير الولي بينهما، لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «من قتل له قتيل فو بخير النظرين: إما أن يؤدي، وإما أن يقاد». رواه الجماعة إلا الترمذي).

(٦) جاء في بداية المجتهد: ٢٣١/٤: (واتفقوا على أن لولي الدم أحد شيئين: القصاص، أو العفو إما على الدية، وإما غير الدية... واختلفوا هل الانتقال من القصاص إلى العفو لأخذ الدية هو حق واجب لولي الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه أم لا تثبت الدية إلا بتراض الفريقين - أعني الولي والقاتل، وأنه إذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولي الدم إلا القصاص مطلقاً أو العفو... فقال مالك: لا يجب للولي إلا أن يقتص، أو يعفو على غير دية... وبه قال أبو حنيفة، والثوري، والأوزاعي لقول رسول الله ﷺ: «كتاب الله القصاص» فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص).

وقال الشافعي، وأحمد، وأبو ثور، وداود، وأكثر فقهاء المدينة: ولي الدم مخير إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ الدية رضي القاتل أو لم يرضى لقول الرسول ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين من القود أو أخذ الدية».

إذا كانت الجناية على يد تامة الأصابع ويد الجاني أنقص، وكما لو كان الشاج أصغر رأساً من المشجوج.

١٨٣٠ - مسألة: الواجب بقتل العمد أحد شيئين: إما قصاص، وإما دية^(١)، ويتعين بالاختيار، وفيه رواية أخرى: الواجب القتل خاصة، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي^(٢) في أحد قوليه، ولا تختلف الرواية عنا أنه يملك الانتقال إلى مال من غير رضا الجاني. دليلنا: أنه قتل مضمون فجاز أن يجب به مال كالخطأ، ولأنه لو لم يكن الواجب بالعمد مالاً ما ملك المطالبة به من غير رضا، وقد بينا أنه يملك باتفاق من الجميع وهو إذا كان المشجوج أكبر رأساً من الشاج.

١٨٣١ - مسألة: يصح عفو النساء عن القصاص^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لما لك في إحدى الروايتين. دليلنا: أن من ورث الدية ورث القصاص كالرجال.

١٨٣٢ - مسألة: إذا ثبت القصاص لصغار، وكبار، وعقل، ومجانين، يؤخر الاستيفاء إلى البلوغ والإفاقة^(٤)، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم، وإحدى الروايتين. دليلنا: أنه قصاص ثبت لجماعة معينين لم يتحتم استيفاؤه، أشبه إذا كان حاضر ولغائب، كما لو كان المقتول عبداً مشتركاً.

(١) هذه المسألة كالتى قبلها، فلا داعي للإطالة.

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٣٣/٩: (وأما كيفية وجوب القصاص: فهو أنه واجب عيناً، حتى لا يملك الولي أن يأخذ الدية من القاتل بغير رضاه، ولو مات القاتل أو عفا الولي سقط الموجب أصلاً، هذا عندنا.. وعند الشافعي - رحمه الله - قولان...).

(٣) جاء في المغني: ٥٨١/١١: (فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والأسباب، والرجال والنساء، والصغار والكبار، فمن عفا منهم صح عفو، وسقط القصاص، ولم يبق لأحد إليه سبيل.. هذا قول أكثر أهل العلم).

(٤) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٨٢/٣: (وشروط استيفاء القصاص ثلاثة؛ أحدها: تكليف مستحقة، لأن غير المكلف ليس أهلاً للاستيفاء، ولا تدخله النيابة ومع صغر مستحقه أو جنونه يحبس جان لبلوغ صغير يستحقه أو إفاقة مجنون يستحقه).

١٨٣٣- مسألة: لا يملك الأب استيفاء القصاص الذي يثبت لابنه الصغير، وبه قال الشافعي^(١) خلافاً لأكثرهم وإحدى الروايتين.^(٢) دليلنا: ما تقدم في التي قبلها، ولأن القصد التشفي ودرك الغيظ، وإذا بلغ حصل له ذلك ولا يحصل بفعل غيره.

١٨٣٤- مسألة: إذا قتل واحد جماعة، فطلب الأولياء القصاص، قُتل لجماعتهم، وإن طلبوا الدية فلكل واحد دية، وإن طلب بعضهم القصاص وبعضهم الدية قتل لمن طلب القصاص وكان للباقيين دياتهم^(٣)، وقال أبو حنيفة ومالك: ليس إلا القصاص لجماعتهم^(٤)، وقال

(١) جاء في المذهب: ٥٢/٥: (وإن كان الوارث للقصاص صغيراً أو مجنوناً لم يستوف له الولي، لأن القصد من القصاص التشفي، ودرك الغيظ، وذلك لا يحصل باستيفاء الولي، ويحبس الثقاتل إلى أن يبلغ الصغير، أو يعقل المجنون، لأن فيه خطأ للقاتل بأن لا يقتل، وفيه خطأ للمولى عليه ليحصل له التشفي).

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ١٣١/٥: (قال أبو حنيفة، ومالك: إذا قتل الرجل وله ابنان، أحدهما كبير والآخر صغير، فللكبير أن يقتص ولا ينتظر بلوغ الصغير، وقال مالك، والأوزاعي: لو ترك ابناً صغيراً وأخاً كبيراً كان للأخ أن يقتص قبل بلوغ الصغير، وكذا غيره من العصابة).

(٣) جاء في المغني: ٥٢٩/١١: (وجملة ذلك أنه إذا قتل اثنين، فاتفق أولياؤهما على قتله بهما، قتل بهما، وإن أراد أحدهما القول، والآخر الدية، قتل لمن اختار القود، وإعطي أولياء الثاني الدية من ماله، سواء كان المختار للقود الثاني أو الأول، وسواء قتلها دفعة واحدة، أو دفعتين، فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله، أيهما كان، وقال أبو حنيفة ومالك: يقتل بالجماعة، ليس لهم إلا ذلك، وإن طلب بعضهم الدية فليس له ذلك، وإن بادر أحدهم فقتله سقط حق الباقيين، لأن الجماعة لو قتلوا واحداً قتلوا به، فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم).

(٤) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٢٩/١٠: (وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصاً اكتفاء، ولا يجب مع القود شيء من المال عندنا.. وقال الشافعي - رحمه الله - : ينظر إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول قصاصاً، وتؤخذ ديات الباقيين من تركته، وإن قتلهم منافلة فيه قولان: في قول: يقرع بينهم، فمن خرجت قرعته عنه يقتل وتجب الدية للباقيين، وفي قول: يجتمع أولياء القتلى فيقتلونه، وتقسّم ديات الباقيين بينهم).

الشافعي^(١) : يقتل للأول وللباقيين الديات، وإن قتلهم في حالة واحدة أقرع بينهم، فمن خرج له قرعة قتل به، وللباقيين الدية. دليلنا: أنها جنایات لو كانت خطأ لم تتداخل، وكذلك لو كانت عمداً كما لو قطع يميني رجلين، ونخص الشافعي بأن القصاص ثبت لجماعتهم ولكل واحد منهم على الإنفراد بدلالة أنه لو عفى الأول كان لمن بعده، وهكذا لو سبق الثاني فقتله وقع الإجزاء، وإذا كان كذلك فإذا رضي الجميع بقتله فقد رضي ببعضهم حقهم فيجب أن يصح ولا يستحقون زيادة كما لو كانت يد الجاني شلاء فرضي بها المجني عليه.

فصل : فإن قطع يميني رجلين فالحكم كما لو قتل رجلين، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : يقطع لهما ثم يغرم لهما دية يد. دليلنا: أنه قصاص وجب لنفسين في عين فلا يتبعض حقهما في القصاص والدية، كما لو قتل لنفسين.

١٨٣٥ - مسألة : إذا وجب عليه قطع لواحد وقتل لآخر استوفيا، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال مالك : يقتل. دليلنا: أنهما حقان مقصودان لأدميين يمكن استيفاءهما فلا يتداخل، كما لو قطع يدين.

١٨٣٦ - مسألة : إذا مات الجاني يسقط القصاص والدية في تركته^(٣)، وبه قال

(١) جاء في المذهب: ٤٨/٥ : (وإذا قتل واحد جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لأدميين، فإن قتل واحداً بعد واحد، اقتص منه للأول، لأن له مزية بالسبق، وإن اقتص منه لواحد بعينه نعين حق الباقيين في الدية، لأنه فاتهم القود بغير رضاهم فانتقل حقهم إلى الدية، كما لو مات القاتل أو زال طرفه).

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٨٨/٣ : (وإن قتل جان شخصاً، وقطع طرف آخر كيد، قطع لقطع الطرف، ثم قتل بمن قتله بعد اندماله، تقدم القتل أو تأخر، لأنهما جنايتان على شخصين فلم يتداخل كقطع يد رجلين).

(٣) جاء في الكافي: ٤٧/٤ : (ومن وجب عليه القصاص في النفس أو طرف فمات عن تركه وجبت دية جنايته في تركته، لأنه تعذر استيفاء القصاص من غير إسقاط، فوجبت الدية، كقتل غير المكافئ، وإن لم يخلف تركه، سقط الحق لتعذر استيفائه).

الشافعي، وقال أكثرهم^(١): يسقط الحق رأساً، دليلنا: أنه سقط حقه من القصاص بغير اختياره، أشبه إذا عفى بعض الأولياء.

١٨٣٧ - مسألة: سرية القصاص غير مضمونة^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها عقوبة مستحقة أشبه قطع يد السارق.

١٨٣٨ - مسألة: إذا جنى فيما دون النفس ثم سرا إليها وجب القصاص في النفس^(٣) وسقط فيما دونها، وإن جنى فيما دونها ثم جنى على النفس وجب القصاص في النفس. وهل يجب فيما دونها ؟ على روايتين، أصحهما: أنه يسقط، وهو اختيار أبي بكر والخرقي. والثانية : لا يسقط. وقال أبو حنيفة^(٤) في الأول : يسقط ما دون النفس، وفي الثانية : لا يسقط، وقال الشافعي في المسألة الأولى : الولي مخير بين أن يقتص في النفس خاصة أو فيما دونها، فإن مات منها وإلا قتله، وقال في الثانية : يقتص في النفس وما دون. دليلنا: أن القصاص في الطرف أحد بدلي النفس فجاز أن يدخل في بدل النفس

(١) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٣٣/١٠: (وأما كيفية وجوب القصاص فهو أنه واجب عيناً حتى لا يملك الولي أن يأخذ الدية من القاتل من غير رضاه، ولو مات القاتل، أو عفا الولي سقط الموجب أصلاً، وهذا عندنا.) انظر: ص ٤٦٤٥ من نفس الجزء.

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٩٨/٣: (وسرية القود هدر، غير مضمونة، لقول علي وعمر: «من مات من حد أو قصاص لا دية له»، ولأنه قطع بحق فكما أنه غير مضمون، فكذا سريته كقطع السارق، فلو قطع طرفاً قوداً فسرى إلى النفس فلا شيء على قاطع).

(٣) جاء في كشف القناع: ٥٦٠/٥: (وسرية الجناية مضمونة، كهي أي الجناية في القود والدية في النفس ودونها، لأن السرية أثر الجناية، والجناية مضمونة فكذا أثرها، حتى لو اندمل الجرح فاقتص المجني عليه، ثم انتقض الجرح فسرى كانت سريته مضمونة).

(٤) جاء في بداية الصنائع: ٤٧٧٧/١٠: (ولو جنى على ما دون النفس، فسرى، فالسرية: لا تخلو إما أن كانت إلى النفس، وإما أن كانت إلى عضو آخر).

فإن كانت أي النفس، فالجاني لا يخلو أما أن يكون متعدياً في الجناية، وأما إن لم يكن.. فإن كان متعدياً في الجناية والجناية بحديد أو بخشبة تعمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص).

كالدية. يبين هذا أن الدية مال وذلك لا يسقط بالشبهة والقصاص بخلافه، فإذا تداخل المال فالقصاص أولى، ونخص أبا حنيفة بأنه قصاص في النفس فجاز أن يسقطه في الطرف كما لو جنا على طرفه فسرا إلى نفسه.

١٨٣٩ - مسألة: إذا اشترك^(١) العامد والخاطيء في القصاص فلا قصاص عليهما، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك وإحدى الروایتين أن على العامد القصاص.^(٢) دليلنا: أن الروح لم تخرج عن عمد محض مضمون، أشبه المقتول خطأ.

فصل: فإن اشترك أب وأجنبي، فالقصاص على الأجنبي خاصة، ذكره الخرقى، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٣): لا قصاص عليهما. دليلنا: أن الروح خرجت عن عمد محض مضمون فلم يسقط القصاص مع وجود التكافؤ، كما لو كانا أجنبيين.

(١) جاء في الإنصاف: ٤٥٨/٩: (وإذا اشترك في القتل اثنان عامد وخاطيء، ففي وجوب القصاص على الشريك روايتان أظهرهما: سقوطه عن شريك الخاطيء، وهو المذهب... وقال في الخاطيء: لا قصاص على المشهور.. وعنه يقتص من الشريك مطلقاً).

(٢) جاء في الكافي: ١٠/٣: (إذا شارك الإنسان غيره في القتل، لم يخل من أربعة أقسام: القسم الثالث: أن يقتلا مكافئاً وأحدهما عامداً والآخر خاطئاً، ففيه روايتان، أظهرهما، لا قصاص فيه لأنه قتل لم يتمخض عمداً فلم يوجب القصاص كعمد الخطأ. والثانية: يجب القصاص على العامد عدواناً فوجب عليه القصاص كشريك العامد).

(٣) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٢١/١٠: (لو اشترك اثنان في قتل رجل أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد، والآخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا، كالصبي مع البالغ، والمجنون مع العاقل، والخاطيء مع العامد، والأب مع الأجنبي، والمسولي مع الأجنبي؛ لا قصاص عليهما عندنا...، لأنه تمكنت شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منه، لأنه يحتمل أن يكون فعل من لا يجب عليه القصاص..

وقال الشافعي: يجب القصاص على العاقل، والبالغ، والأجنبي، إلا العامد فإنه لا قصاص عليه إذا شاركه الخاطيء).

١٨٤٠ - مسألة: لا عمد للصبي^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال الشافعي^(٣) في أحد قولي: حكمه حكم البالغ في وجوب الدية في ماله مغلظة. دليلنا: أنه فعل لا يوجب قود الحال فهو كحفر البئر ولا يلزم شبه العمد، لأنه قد يحكم فيه بالقصاص إذا رآه الحاكم.

١٨٤١ - مسألة: إذا قطعت يد رجل من الرسغ، وقطعها آخر من المرفق قبل الإندمال ثم مات، فالقصاص عليهما^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥)، وقال أبو حنيفة: القصاص في النفس على الثاني، وعلى الأول القصاص فيما دون النفس وهو الرسغ، وحكى ابن القصار عن مالك: إن عاش بعد الجنائتين حتى أكل وشرب ثم مات أقسم الأولياء على أيهما شاعوا أنه قتله، وإن وجد ذلك في الأولى دون الثاني فالثاني هو القاتل، وإن لم يوجد ذلك في واحد منهما حتى مات

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٧٧/٣: (شروط وجوب القصاص: - أي القود- وهي أربعة بالاستقراء: أحدهما: تكليف قاتل، بأن يكون بالغاً عاقلاً، قاصداً، لأن القصاص عقوبة مغلظة فلا تجب على غير مكلف كصغير ومجنون ومعتوه، لأنهم ليس لهم قصد صحيح كقاتل خطأ).

(٢) جاء في المدونة: ٦٣٠/٤: (قلت: أرأيت الصبي والمجنون ما جنيا من عمداً وخطأً بسيف أو غير ذلك، أم هو خطأ كله...؟ قال مالك: نعم تحمله العاقلة إذا كان مبلغ الثلث فصاعداً).

(٣) جاء في المذهب: ١٠/٥: (ولا يجب القصاص على صبي ومجنون لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ»، ولأنه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبي والمجنون كالحدود والقتل بالكفر)... وجاء في حلية العلماء: ١٠٥٣/٣: (وإن اشترك صبي وبالغ في القتل، فإن قلنا: إن عمده خطأ وهو قول أبي حنيفة، ومالك، وأحمد، فلا قود على شريكه، وإن قلنا: إن عمده عمداً وجب القود على شريكه).

(٤) جاء في المغني: ٥٦٦/١١: (إذا قطع يد رجل من الكوع، ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما، فلولي قتل القاطعين، وليس له أن يقطع طرفيهما، في أحد الوجهين، وفي الآخر: له قطع يد القاطع من الكوع).

(٥) جاء في الكافي: ٤٥/٤: (وإن كان له القصاص في النفس، فقطع طرفه، فلا قصاص عليه، لأنه قطع طرفاً يستحق إتلافه ضمناً فكان شبهة مسقطه للقصاص، ويضمنه بديته، لأنه طرف له قيمة حين القطع، قطعه بغير حق، فوجب ضمانه، كما لو قطعه بعد العفو عنه).

فالقصاص عليهما. فالدلالة على أنهما قاتلان في الجملة : أن الثانية لاتمنع جناية بعدها، فلا تمنع سراية قبلها ، كما لو كانت في يد أخرى، أو كانت في أصبعين من يد واحدة.

١٨٤- مسألة : إذا قطع ولي الدم يد الجاني فعليه ديته بكل حال^(١)، وقال أبوحنيفة : إن عفا عنه ضمن ، وقال مالك : عليه القصاص في اليد في الحالين، وقال الشافعي: لا ضمان في الموضعين. فالدلالة على إسقاط القصاص خلاف مالك أن القصاص يسقط بالشبهة فجعلنا استحقاق الجملة شبهة في الطرف، ويدل على الضمان في الجملة أن ثبوت القصاص في النفس لا يسقط ضمان الأطراف كما لو عفا على أبي حنيفة وعلى الشافعي إذا جنى عليه بعد العفو.

١٨٤١- مسألة : إذا جنى على إصبع فشلت إلى جنبها أخرى، ففي الأولى: القصاص، وفي الثانية : الأرض^(٢)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٣) : فيهما غرم بلا قصاص. دليلنا: أنها جناية لو لم تسر كان فيها القصاص، فإذا سرت إلى ما لا قصاص فيه لم يسقط القصاص، كما لو رمى إلى رجل فأنفذه وأصاب آخر.

١٨٤٤- مسألة : فإن جنى على إصبع فتأكلت إلى جنبها أخرى وسقطت، فلا

(١) انظر : المغني : ٤٧١/٩ .

(٢) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٢٩٨/٣ : (وفيما شل الأرض، لعدم إمكان القصاص في الشلل).

(٣) جاء في تبیین الحقائق للزيلعي: ١٣٧/٦ : (بخلاف ما لو قطع أصبعاً فشلت بجنبها أخرى، أو شجه موضحة فذهب بها سمعه، أو كلامه حيث لا يجب القصاص في الشلاء والسمع والكلام، وإنما يجب في المقطوعة والموضحة فقط؛ لأنه لا يجب القصاص في الشلاء والسمع، والكلام لعدم الإمكان).

قصاص في الثانية^(١) خلافاً لأكثرهم. دليلنا: أن ما ضمن بالمباشرة ضمن بالسرية كالنفس والعين.

١٨٤٥ - مسألة: إذا كانت يد القاطع أنقص^(٢) من أصابع المقطوع بأصبعه، فالمجني عليه بالخيار بين المطالبة بدية كاملة، وبين استيفاء القصاص في الموجود والأرش في المعدم على قياس المذهب، ذكره ابن حامد، وقال أبو بكر: متى اقتصر لم يكن له غير ذلك، وبه قال أبو حنيفة.^(٣) فالدلالة عليه أن هذا الإصبع الزائدة مقصودة بالقصاص والدية، فإذا تعذر القصاص فيها وجب الرجوع إلى الدية، كما لو كان للقاطع أصبع والمجني عليه أصبعان.

١٨٤٦ - مسألة: إذا قطع أنملة عليا، ومن رجل آخر أنملة وسطى لا عليا لها، وكان ذلك من إصبع واحدة، فصاحب الوسطى بالخيار بين الدية وبين الانتظار حتى يقطع عليا الجاني، ثم يستوفى القصاص^(٤)، وبه قال

(١) جاء في المغني: ٥٦٢/١١: (إن قطع أصبعاً، فتأكلت أخرى، وسقطت من مفصل، ففيه القصاص أيضاً في قول إمامنا، وأبي حنيفة، ومحمد بن الحسن.

وقال أكثر الفقهاء: لا قصاص في الثانية، وتجب ديتها، لأن ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسرية، كما لو رمى سهماً فمرق منه إلى آخر .. ولنا: أن ما وجب فيه القود بالجناية، وجب بالسرية كالنفس، وضوء العين، ولأنه أحد نوعي القصاص).

(٢) جاء في المغني: ٥٧٢/١١: (ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة، لأنها دون حقه، وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة ..؟ على وجهين، أحدهما: له ذلك. وهو قول الشافعي، واختيار ابن حامد. والثاني: ليس له مع القصاص أرش، وهو مذهب أبي حنيفة، وقياس أبي بكر لثلاثي يفض إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد).

(٣) جاء في تبیین الحقائق: ١١٢/٦: (قال رحمه الله: وخير بين الأرش والقود إن كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع، فلأن استيفاء حقه بكامله متعذر، فيخير بين أن يتجاوز بدون حقه في القطع، وبين أن يأخذ الأرش كاملاً).

(٤) جاء في المغني: ٥٧٤/١١: (ولو قطع أنملة رجل العليا، ثم قطع أنملة آخر الوسطى، ثم قطع من ثالث، فلأول القصاص من العليا، ثم للثاني أن يقتصر من الوسطى، ثم للثالث أن يقتصر من السفلى سواء جاءوا دفعة واحدة، أو واحد بعد واحد، وبهذا قال الشافعي ..

وقال أبو حنيفة: لا قصاص إلا في العليا، لأنه لم يجب في غيرها حال الجناية لتعذر استيفائه، فلم يجب بسبب ذلك .. فأما إذا جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا، لم يعطه، لأن في استيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها، وقيل لهما: إما أن تصبر حتى تعلم ما يكون من الأول).

الشافعي^(١)، وقال أبو حنيفة: لا قصاص لصاحب الوسطى. دليلنا: أن ما منع من استيفاء القصاص منه لاتصال غيره به فاقتص منه عند زوال الاتصال كالحمل.

١٨٤٧ - مسألة: لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود. دليلنا قوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٢)، لأنه لا منفعة فيها فلا يأخذ بها ما فيه منفعة كالعين الصحيحة بالقائمة.

١٨٤٨ - مسألة: لا يؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصي ولا المنتشر بذكر العين^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٤). دليلنا: أن منفعة الذكر الإنزال والإحبال والمنفعة إذا بطلت في حال كمال العضو لم يؤخذ به العضو الذي لم تبطل منفعته كاليد الصحيحة بالشلاء وكالعين النازرة بالعمياء.

١٨٤٩ - مسألة: إذا اختلف الجاني والمجني عليه في العضو المتلف، فالقول قول المجني عليه، وقال أبو حنيفة: قول الجاني، ووافقنا الشافعي^(٥) في

(١) جاء في حنية العلماء: ١٠٦٩/٣: (فإن قطع رجل أنملة رجل العليا من أصبعه الوسطى، وقطع الأنملة الوسطى من تلك الأصبع من آخر، ولم يكن له عليا وعفا الذي قطعت أنملته العليا، فالذي قطعت أنملته الوسطى من أصبعه الوسطى بالخيار، إن شاء عفا وأخذ الدية، وإن شاء صبر، لعل أنملة الجاني العليا تسقط فيستوفى القصاص. وقال أبو حنيفة: لا يجب له القصاص في الوسطى).

(٢) سورة البقرة: الآية رقم: ١٩٤.

(٣) جاء في الكافي: ٣٠/٤: (ولا يؤخذ ذكر الفحل، بذكر الخصي، لأنه ناقص لعدم الإنزال والإيلاد).

(٤) جاء في المهذب: ٤٥/٤: (ويؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصي، لأنه كذكر الفحل في الجماع، وعدم الإنزال لمعنى في غيره).

(٥) جاء في روضة الطالبين: ٢١٠/٩: (قطع طرفه، وادعى نقصه بشلل في اليد أو الرجل أو الذكر، أو فقد أصبع أو بخرس، وأنكره المجني عليه.. ففيه نصوص وطرق مختصرها أربعة أقوال: أحدها: يصدق المجني عليه. والثاني: يصدق الجاني. والثالث: يصدق المجني عليه إن ادعى السلامة من الأصل، وإن ادعى زوال النقص بعد وجوده صدق الجاني. والرابع: وهو المذهب: يصدق المجني عليه في العضو الظاهر عند إنكار أصل السلامة).

الأعضاء الباطنة كالفرج ونحوه. دليلنا: أن الأصل سلامة الأعضاء، فالظاهر مع المجني عليه والقول في الأصول قولاً من الظاهر معه كالمنكر في جميع الأصول، وعلى الشافعي الأعضاء الباطنة.

١٨٥٠ - مسألة: لا يستوفى القصاص في دون النفس قبل الإندمال^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٢). دليلنا: قوله ﷺ: «يستأني بالجراحات سنة»^(٣)، رواه الدارقطني، ولأنه أحد بدلي الجراح أشبه الدية.

فصل: فإن خالف واستوفى في الحال ثم سرت الجناية، فلا ضمان^(٤) في سرايتها خلافاً لأكثرهم. دليلنا: ما روي أن رجلاً اقتص من رجل قبل الإندمال، ثم عاد فقال: يا رسول الله أقدني على رجلي. فقال له النبي ﷺ: «لا شي لك»^(٥)، وروي لا حق لك: ولأنها سراية بعد استيفاء القصاص فلا تكون مضمونة بالقصاص كما لو سرت إلى ما دون النفس، وإنما خصصنا الحكم في القصاص حتى يسلم في الأصل، وهذا مركب، لأن القصاص عندنا يثبت بالسراية إلى كما دون النفس.

(١) جاء في المغني: ٥٦٣/١١: (ولا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم منهم. النخعي، والثوري، وأبو حنيفة، ومالك، وإسحاق، وأبو ثور، وروي ذلك عن عطاء، والحسن، قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ، ويتخرج لنا: أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء).

(٢) جاء في المذهب: ٥٩/٥: (فإن استوفى قبل الإندمال جاز، للخبر، وهل يجوز أخذ الأرض قبل الإندمال؟ فيه قولان: أحدهما: يجوز، كما يجوز استيفاء القصاص قبل الإندمال. والثاني: لا يجوز، لأن الأرض لا يستقر قبل الإندمال).

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه: ٩٠/٣.

(٤) جاء في المغني: ٥٦٣/١١: (فإن اقتص قبل الإندمال هدرت سراية الجناية.. وقال أبو حنيفة، والشافعي: بل هي مضمونة، لأنها سراية جنائية، فكانت مضمونة كما لم يقتص).

(٥) أخرجه الدارقطني في كتاب الحدود والديات وغيره. انظر: سنن الدارقطني: ٨٨/٣ وما بعدها، والبيهقي في باب ما جاء في الاستيفاء بالقصاص من الجرح والقطع. انظر: السنن الكبرى: ٦٧/٨، وأحمد في مسنده: ٢١٧/٢، والطبراني في المعجم الصغير: ٢٣٢/١.

١٨٥- مسألة: لا يستوفى القصاص إلا بالسيف^(١)، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى: تعتبر المماثلة فيقتص بما قتل به، وبه قال أكثرهم وجه الأولى: قوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»^(٢)، ولأنه قود فلا يستوفى إلا بالسيف كما لو كان بالسيف.

١٨٥- مسألة: إذا حل دمه بسبب من الأسباب ثم لجأ إلى الحرم، لم يقتل حتى يخرج^(٣)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم.^(٤) دليلنا: أنه حيوان يجب بقتله كفارة، فإذا حل دمه خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم لم يقتل كالصيد.

فصل: فإن استحق عليه إتلاف ما دون النفس ثم لجأ إلى الحرم، فالحكم فيه كالنفس، وفيه رواية أخرى: يستوفى، وبه قال أبو حنيفة وجه الأولى: أنه أحد نوعي القصاص أشبه القصاص في النفس، ولأنه حيوان يحرم الحرم جملة فحرم أبعاضه كالصيد.

(١) جاء في الإيضاف: ٤٩٠/٩: (ولا يستوفى القصاص في النفس إلا بالسيف في إحدى الروايتين. وهو المذهب، جزم به في الوجيز، وقدمه في الفروع، واختاره الأصحاب .. وفي الرواية الأخرى: يفعل به كما فعل إلا ما استثنى أو يقتل بالسيف..). وقال البهوتي في شرح منتهى الإرادات: ٢٨٦/٣: (ويحرم أن يستوفى قود في نفس إلا بسيف في عنق، لأن القصد من القود إتلاف جملته، وقد أمكن بضرب عنقه، فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٨٨٩/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٦٢/٨، والطبراني في المعجم الكبير: ٨٩/١٠، والدارقطني في سننه: ٨٧/٣، ٨٨، ١٠٥.

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣٤١/٣: (ومن قتل أو أتى حداً خارج حرم مكة (لا المدينة) ثم لجأ إليه، أو لجأ حربي، أو لجأ مرتد إليه، حرم أن يأخذ حتى بدون قتل فيه، أي في الحرم، لقول تعالى: ﴿ومن دخله كان آمناً﴾، وهو خبر أريد به الأمر، أي أمنوه، ولأنه ﷺ حرم سفك الدم بمكة).

(٤) جاء في المذهب: ٦٧/٥: (من وجب عليه قتل بكفر أو ردة، أو زنا، أو قصاص، فالتجأ إلى الحرم قتل، ولم يمنع الحرم من قتله. والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿واقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾، ولأنه قتل لا يوجب الحرم ضمانه، فلم يمنع منه كقتل الحي والعقرب).

١٨٥٣ - مسألة: إذا ثبت القصاص لنفسين فقتله أحدهما بغير إذن الآخر، فلا قصاص عليه^(١) خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٢). دليلنا: أنه قتله وله فيه حق القتل، أشبه إذا انفرد بالقصاص.

فصل: فإن قتله أحدهما بعد عفو صاحبه وهو لا يعلم أو علم^(٣)، إلا أنه اعتقد أن حقه لا يسقط، لم يلزمه القود خلافاً لأحد قولي الشافعي^(٤)، ووافقنا أبو حنيفة في هذه المسألة وفصلها. دليلنا: أنه قتله وعنده أن له قتله، فهو كما لو لم يكن هناك عفو ولا يلزم العافي منهما إذا ادعى ذلك، لأن الظاهر كالدية.

فصل: فإن عفا بعضهم وقتل الباقي مع العلم بسقوط القصاص، فعليهم القصاص، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي في أحد أقاويله. دليلنا: أنه قتله

(١) جاء في المغني: ٥٢٦/١١: (وجملة ذلك أنه إذا قتل اثنين، فاتفق أولياؤهما علي قتله بهما قتل بهما، وإن أراد أحدهما القود، والآخر الدية، قتل لمن اختار القود، وأعطى أولياء الثاني الدية من ماله، سواء كان المختار للقود الثاني أو الأول، وسواء قتلها دفعة واحدة، أو دفعتين فإن بادر أحدهما فقتله وجب للآخر الدية في ماله أيهما كان. وقال أبو حنيفة: يقتل بالجماعة، وليس لهم إلا ذلك، وإن طلب بعضهم الدية فليس له، وإن بادر أحدهم فقتله سقط حق الباقيين... وقال الشافعي: لا يقتل إلا بواحد).

(٢) جاء في الرباب: ٥٣/٥: (وإن قتل رجل، وله اثنان من أهل الاستيفاء، فبأد أحدهما وقتل القاتل من غير إذن أخيه، ففيه قولان: أحدهما: لا يجب عليه القصاص، وهو الصحيح، لأن له في قتله حقاً فلا يجب عليه القصاص بقتله.. والثاني: يجب عليه القصاص، لأنه اقتص في أكثر من حقه، فوجب عليه القصاص).

(٣) جاء في المغني: ٥٨٣/١١: (فإن قتله الشريك الذي لم يعف عالماً بعفو شريكه، وسقوط القصاص به، فعليه القصاص، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم، وبهذا قال أبو حنيفة، وأبو ثور، وهو الظاهر من مذهب الشافعي. وقيل له قول آخر: لا يجب القصاص لأن فيه شبهة. وأما إن قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قولي: عليه القصاص).

(٤) جاء في حلية العلماء: ١٠٦٢/٣: (إذا قتل رجل وله ابنان من أهل الاستيفاء، فبأد أحدهما فقتل القاتل بغير إذن أخيه، ففيه قولان: أحدهما: أنه لا يجب عليه القود، فإن قلنا إنه قود عليه إذا قتله قبل العفو فهنا قولان: أحدهما: يجب عليه، قول أبي حنيفة وأحمد. والثاني: لا يجب).

بعد العلم بسقوط القصاص، فهو كما لو حكم الحاكم بصحة العفو وإسقاط القصاص، وكالعافي نفسه.

١٨٥٤ - مسألة: الاعتبار في الضمان بحالة الإصابة لا بحالة الرمية، فإذا رمى إلى حلال الدم ثم أصابه وقد حرم دمه ضمنه^(١)، ولو كان بالعكس لم يضمن، وكذلك إذا رمى إلى عبد فأصابته حرّاً فضمن حرّاً، وبه قال الشافعي^(٢)، وقال أبو حنيفة: بالعكس فيهما. دليلنا: أن الرمية سبب فلا اعتبار بها كالحفر مع الوقوع، ولأنهم قد قالوا: لو رمى إلى حي فأصابه ميتاً لا ضمان، فكذلك هاهنا.

(١) جاء في الكافي: ٥٧/٤: (ولو رمى حربياً، أو مرتدّاً، فلم يقع به السهم حتى أسلم، فلا ضمان فيه، لأنه وجد السبب منه في حال هو مأمور بقتله على وجه لا يمكن تلافيه، أشبه ما لو جرحه ثم أسلم، ويحتمل كلام الخرقى وجوب دية، لأنه قال: لو رمى إلى كافر أو عبد فلم يقع السهم حتى عتق وأسلم، فعليه دية حر مسلم، ولأن الاعتبار في الضمان، بحال الجنابة دون حال السبب).

(٢) جاء في المهذب: ٧٩/٥: (وإن أرسل سهماً على حربى فأصابه وهو مسلم ومات، وجبت فيه دية مسلم، وقال أبو جعفر الترمذي: لا يلزمه شيء، لأنه وجد السبب من جهته في حال هو مأمور بقتله، ولا يمكنه تلافى فعله).

كتاب الديات

١٨٥٥ - مسألة : تغلظ الدية بالحرم، والإحرام، والأشهر الحرم، والرحم^(١)، وبه قال الشافعي .. إلا في الإحرام في الأظهر من الوجهين عندهم، وقال أكثرهم: لا تغلظ بهذه الأشياء^(٢). دليلنا: أنه مروى عن عمر، وعثمان، وابن عباس من غير خلاف. أما عمر فكان يجعل فيمن قتل بمكة دية وثلاث، وعثمان قضى في امرأة قتلت في البلد الحرام بدية وثلاث، وابن عباس قضى في رجل قتل في الشهر الحرام في البلد الحرام بدية وأربعة آلاف لأجل الحرم، وأربعة آلاف لأجل الشهر، فصار عشرون ألفاً، ولأنه قتل في الحرم فكان عمده وخطأه واحد كقتل الصيد، يؤكد هذا أن الآدمي أكد حرمة.

فصل : والدلالة على أنه تغلظ بالإحرام أنها حرمة تؤثر في بدل الصيد فأنثرت في بدل الآدمي كحرمة الحرم.

فصل : ويكون التغليظ بالصفة والعدد^(٣)، وقال الشافعي: بالصفة خاصة،

(١) جاء في المغني: ٢٣/١٢ : (ذكر أصحابنا أن الدية تغلظ بثلاثة أشياء: إذا قتل في الحرم، والشهور الحرم، وإذا قتل محرماً. وقد نص أحمد - رحمه الله - على التغليظ على من قتل محرماً في الحرم، وفي الشهر الحرام... فأما إن قتل ذا رحم، فقال أبو بكر: تغلظ ديته.. وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ.. وقال الشافعي: تغلظ بالحرم، والأشهر الحرم، وذو الرحم المحرم، وفي التغليظ بالإحرام وجهان...).

(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ٩١/٥ : (قال أبو حنيفة وأصحابه، وابن أبي ليلى: إن القتل في الحل والحرم سواء فيما يجب به من الدية أو القود. وسئل الأوزاعي عن القتل في الشهر الحرام، أو الحرم، هل تغلظ الدية فيه ..؟ قال: بلغنا أنه إذا قتل في أشهر الحرم، أو في الحرم زيد على العقل الثلث، ويزداد في شبه العمدة في أسنان الإبل).

(٣) جاء في المغني: ٢٣/١٢ : (واختلف القائلون بالتغليظ في صفته، فقال أصحابنا: تغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية، فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث وجبت ديتان، قال أحمد في رواية ابن منصور: فيمن قتل محرماً في الحرم، وفي الشهر الحرام، فعليه أربعة وعشرون ألفاً، وهذا قول التابعين القائلين بالتغليظ.

وقال أصحاب الشافعي: صفة التغليظ: إيجاب دية العمدة في الخطأ لا غير، ولا بتصور التغليظ في غير الخطأ ولا يجمع بين تغليظين، وهذا قول مالك، إلا أنه يغلظ في العمدة).

فيكون في أسنان الإبل ولا يكون عندهم تغليظاً في الأثمان. دليلنا: ما تقدم من إجماع الصحابة، ولأنه أحد ما يضمن به النفس فجاز أن يدخله التغليظ كالإبل والتعليل للأثمان، ولا يلزم الأثمان في دية العمد أن لا يدخلها التغليظ، لأن التعليل للجواز.

فصل: ويجمع بين التغليظ بهذه الأشياء، وقال الشافعي: تتداخل الحرمات ويجب تغليظ واحد. دليلنا: أنه هتك لحرمات بقتل نفس مضمونة أشبه إذا أفرد كل حرمة بالقتل.

١٨٥٦ - مسألة: دية العمد وشبه العمد^(١) أرباع خمسة وعشرون بنت مخاض ومثلها ابنة لبون، ومثلها حقة، ومثلها جذعة، وبه قال أكثرهم. وفيه رواية أخرى: أنها ثلاث وثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه في بطونها أولادها، وبه قال الشافعي^(٢) وجه الأولى: أنها دية فلا تجب فيها الحوامل كالخطأ، ولأنها أحد أنواع الدية فلا تغلظ بالحمل كالنوعين الآخرين.

١٨٥٧ - مسألة: دية العمد حالة في مال القاتل، ذكره الخرقى في مختصره^(٣).

(١) جاء في الكافي: ٧٢/٤: (ودية العمد المحض، وشبه العمد، أرباع خمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون بنت مخاض في إحدى الروايتين، لما روى الزهري عن السائب بن يزيد قال: كانت الدية على عهد رسول الله ﷺ أرباعاً...، ولأنه قول ابن مسعود. والثانية: يجب ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه - أي حاملاً).

(٢) جاء في حلية العلماء: ١٠٧٧/٣: (دية المسلم الحر مائة من الإبل، فإن كانت في عمد، أو شبه عمد كانت ثلاثاً: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه، وبها قال أحمد في إحدى الروايتين، ومحمد بن الحسن. وقال أبو ثور: دية العمد أحماس، عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة. وقال أبو حنيفة، ومالك: دية العمد أربع...).

(٣) جاء في كشف القناع: ٢٠/٦: (وفي العمد المحض تغلظ بتخصيصها بالجاني، وتعجيلها عليه - أي كونها حالة، وتبديل التخصيص بالتربيع).

وبه قال أكثرهم^(١)، وقال أبو حنيفة: في ماله مؤجلة^(٢)، ويتصور عنده عمد
يوجب المال في قتل الأب لابنه. دليلنا: أنه حيوان بدل أطرافه حالة فجاز أن
يكون بدل نفسه حالاً كالعبد.

١٨٥٧ - مسألة: دية الخطأ أخماس بنات مخاض، وبني مخاض، وبنات لبون،
وحقة، وجذعة، من كل نوع عشرون^(٣)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أكثرهم: هي
أخماس إلا أنهم جعلوا مكان ابن مخاض ابن لبون. دليلنا: ما روى ابن
مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: « في دية الخطأ أخماس »^(٤)، وذكر كمذهبنا.
ولأن بنت لبون سن قبله سن في الزكاة، فلا يجتمع ذكوره وإنائه كالحقاق
والجذاع وعكسه بنت مخاض.

١٨٥٨ - مسألة: الدراهم والدنانير مقدرة في الدية ويجوز أخذها^(١) مع وجود

(١) جاء في حلية العلماء: ١٠٧٧/٣: (فإذا أوجب الدية في العمد المحص، وجبت في مال
القاتل حالة، وبه قال مالك وأحمد... وقال أبو حنيفة: تجب مؤجلة في ثلاث سنين).
وجاء في روضة الطالبين: ٢٥٦/٩: (الدية تغلظ، الدية في القتل العمد تجب على الجاني
وتكون حالة).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٥٥/١٠: (وتجب جميع الدية في ماله في العمد.. وفي الخطأ
على العاقلة... وقد قال ﷺ: « لا تعقل العاقلة عمداً، ولا عبداً ولا صلحاً، ولا اعتراًفاً، ولا
مادون أرش الموضحة »).

(٣) جاء في المغني: ١٩/١٢: (لا يختلف المذهب في أن دية الخطأ أخماس، كما ذكره
الخرقي. وهذا قول ابن مسعود، والنخعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر، وقال عمر بن
عبد العزيز، وسليمان بن يسار، في أن دية الخطأ أخماس، وسليمان بن يسار، والزهرري،
والليث، وربيعة، ومالك، وللشافعي: هي أخماس إلا أنهم جعلوا مكان بني مخاض بني لبون)

(٤) أخرجه أبو داود في باب الدية كم هي. سنن أبو داود: ٤٢١/٢، وأخرجه النسائي في باب
ذكر أسنان دية الخطأ من كتاب القسامة. المجتبى: ٣٩/٨، وأخرجه ابن ماجه: ٨٧٩/٢.

(١) جاء في كشف القناع: ١٨/٦: (دية الحر المسلم مائة من الإبل أو مائتا بقرة، أو ألفا شاة،
أو ألف مثقال ذهباً، أو اثنا عشر ألف درهم فضة من دراهم الإسلام التي كل عشرة دراهم
سبعة مناقيل.. قال القاضي: لا يختلف المذهب أن أصول الدية: الإبل، البقر، الغنم،
الذهب، الورق. فهذه الخمسة أصول في الدية).

الإبل، وهل هي أصل أم بدل؟ على روايتين.^(١) وقال أبو حنيفة: هي مقدرة ويجوز العدول إليها مع وجود الإبل، واختلف أصحابه فقال بعضهم: هي قيمة، وقال بعضهم: هي بدل مقدرة^(٢)، وقال مالك: أصل في نفسها مقدرة ولا نعتبرها بالإبل.^(٣) هكذا حكاه ابن نصر، وقال ابن القصار: لا يجوز العدول عن الإبل إلا بالتراضي، وقال الشافعي: لا يعدل عن الإبل مع وجودها إلا بالتراضي، فإن تعذرت الإبل فيه قولان، أحدهما: يعدل إلى بذل مقدر. والثاني: يعدل إلى قيمتها^(٤) يوم القبض بالغاً ما بلغ. فالدلالة على أنها أصل ويجوز العدول إليها مع وجود غيرها، ما روى أبو بكر في الشافعي بإسناده عن ابن عباس، أن النبي ﷺ «قضى بالدية اثني عشر ألفاً»^(٥)، ولأن الأثمان إذا وجبت عن متلف كانت بدلاً عنه كالأثمان عن سائر المتلفات، وعندهم هي بدل عن الإبل، وإذا ثبت أنه أصل كان مقدراً ولزم قبوله عند بذله.

١٨٥٩ - مسألة: الدية من الدراهم اثنا عشر ألفاً^(٦)، وبه قال مالك^(٧)، والشافعي

- (١) جاء في الكافي: ٧٤/٤: (وظاهر كلام الخرقى: أن الإبل هي الأصل في الدية، قال أبو الخطاب: هذا إحدى الروايتين عن أحمد).
- (٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٦٢/١٠: (قال أبو حنيفة - رحمه الله -: الذي تجب منه الدية وتقضى منه ثلاثة أجناب: الإبل والذهب والفضة ... جاء في تحفة الفقهاء: ١٠٦/٣: (ثم مقدار الدية في الأضرار ألف دينار، أو عشرة آلاف درهم فضة، أو مائة من الإبل - كل واحد أصل - وهم الظاهر في قول أبي حنيفة ... وقال أبو يوسف، ومحمد كذلك، وقالوا: من البقر مائتا بقرة، ومن الغنم ألف شاة، ومن الحلل مائتا حلة، كل حلة ثوبان، إزار ورداء).
- (٣) جاء في المدونة: ٥٦٦/٤: (قلت: أرأيت البقر والغنم والخيول، هل تؤخذ في الدية، في قول مالك؟ قال: قال مالك: ليس يؤخذ في الدية إلا الإبل والدنانير والدراهم).
- (٤) انظر: مذهب الشافعية بالتفصيل: روضة الطالبين: ٢٥٦/٩ وما بعدها.
- (٥) رواه أبو داود في سننه: ٨٥/٤، والترمذي في جامعه: ١٢/٤، وابن ماجه في سننه: ٨٧٨/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ٧٨/٨، والدارقطني في سننه: ١٣٠/٣.
- (٦) جاء في التوضيح: ١١٦٩/٣: (دية حر مسلم: مائة بغير، أو مائتا بقرة، أو ألفا شاة، أو ألف مثقال ذهباً، أو اثنا عشر ألف درهم، فهذه أصول، إذا حضر من عليه دية أحدها، لزم قبوله).
- (٧) جاء في حاشية الدسوقي: ٢٦٧/٤: (أن الدية إنما تكون من الإبل، أو الذهب، أو الفضة، فلا يؤخذ في الدية عندنا بقر ولا غنمولا عرض ... وهي: اثنا عشر ألف درهم).

في القديم،^(١) وقال أبو حنيفة : عشرة آلاف.^(٢) دليلنا : حديث ابن عباس، ولأنه مذهب أبي بكر، وعلي، وأبي هريرة، وعائشة، ولأن ما ضمن بعشرة آلاف جاز أن يضمن باثني عشر ألف كالبهائم.

فصل : والبقر والغنم أصل في الدية^(٣)، وفي الحلل^(٤) روايتان، ويتقدر البقر بمائتين، والغنم بألفين، والحلل بمائتين، وقال أكثرهم : هذه الأشياء قيم كغيرها من الأشياء. دليلنا : ما روى عطاء بن أبي رباح أن النبي ﷺ : «قضى في الدية على أهل الإبل بمائة، وعلى أهل البقر بمائتين، وعلى أهل الشاة بألفي شاة، وعلى أهل الحلل بمائتي حلة»^(٥)، ولأنه جنس من الحيوان تجب الزكاة في عينه، فكان أصلاً في الدية كالإبل.

١٨٦٠ - مسألة : في الهاشمة^(٦) عشرة من الإبل، وبه قال أكثرهم^(٧)، ولا يعرف أصحاب مالك النص عن صاحبهم فيها، فقال الأبهري : خمسة عشر من الإبل، وقال ابن نصر : فيها ما في الموضحة وحكومة لكسر العظم. دليلنا : ما روي

(١) جاء في مغني المحتاج ٥٦/٤ : (ولو عدت الإبل حساً: بأن لم توجد في موضع يجب تحصيلها، أو شرعاً: بأن وجدت فيه بأكثر من ثمن مثلها، فالقديم: لتوجب ألف دينار على أهل الدنانير، أو اثنا عشر ألف درهم فضة على أهل الدراهم).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٦٦٣/١٠ : (وأما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه .. فقال أصحابنا: عشرة آلاف درهم وزناً، وزن سبعة .. وقال مالك والشافعي - رحمهما الله - : اثنا عشر ألفاً، والصحيح قولنا، لما روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال: الدية عشرة آلاف درهم، بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد، فيكون إجماعاً).

(٣) جاء في المغني: ٦/١٢ : (لا يختلف المذهب أن أصول الدية: الإبل، والذهب، والورق، والبقر، والغنم، فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها).

(٤) الحلل: جمع حلة، وهي كل ثوب جيد جديد تلبسه غليظ أو دقيق، ولا يكون إلا إذا كان ثوبين وبعضهم قال ثلاثة: القميص والإزار والرداء).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه: ١٨٤/٤، والبيهقي في السنن الكبرى: ٧٦/٨.

(٦) الهاشمة: هي التي توضح العظم وتهشمه، فيها عشرة أبرة. انظر: التوضيح: ١١٨٦/٣.

(٧) جاء في المهذب: ١١٣/٥ : (ويجب في الهاشمة عشر من الإبل، لما روى قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت أنه قال: في الهاشمة عشر من الإبل).

عن زيد بن ثابت أنه قال : « فيها عشرة من الإبل »^(١)، ولأنها شجة تختص باسم يتقدمها شجة فيها مقدر، فكان فيها مقدر كالمأمومة. وقولنا تختص باسم احتراز منه إذا انكسر العظم وسطا، ولأن الهاشمة تنقص عن المنقلة وتزيد عن الموضحة، فيجب أن يكون فيها ما بين ديتهما ولا تساوي أحدهما.

١٨٦١ - مسألة : في أسراف الأذنين الدية كاملة، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال مالك في إحدى روايته : فيها حكومة. دليلنا: قوله ﷺ في حديث عمرو بن حزم : «وفي الأذنين الدية»^(٣)، ولأن ما كان في البدن منه اثنان كان فيه دية كاليدين والرجلين.

١٨٦٢ - مسألة : في الأجفان الأربعة الدية^(٤)، وبه قال أكثرهم. وقال مالك : فيها حكومة. دليلنا: أنه من تمام الخلقة وفيه الجمال والمنفعة أشبه الأصابع.

١٨٦٣ - مسألة : إذا قطع الكف وزيادة عليه، ففيه ما في الكف^(٥)، وبه قال

(١) أخرجه البيهقي : ٨٢/٨، ثم حكاه البيهقي عن عدد من أهل العلم .. واتفق أهل العلم على أنه لم يبلغنا عن النبي ﷺ فيها تقدير .. وقال الشافعي : وقد حفظت عن عدد لقيتهم أنهم قالوا في الهاشمة : عشر من الإبل، وبه أقول : الأم : ٦٨/٦.

(٢) جاء في بداية المجتهد : ٢٥٦/٤ : (واختلفوا في الأذنين متى تكون فيها الدية ؟ فقال الشافعي، وأبو حنيفة، والثوري، والليث : إذا اصطلمتا كان فيهما الدية، ولم يشترطوا إذهاب السمع، بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة .. وأما مالك : فالمشهور عنده أنه لا تجب في الأذنين الدية إلا إذا ذهب سمعها، فإن لم يذهب ففيه حكومة).

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : ٨٥/٨، ومالك في الموطأ : ٨٤٩/٢، والدارمي في سننه : ١٩٣/٢.

(٤) جاء في السنني : ١١٣/١٢ : (يعني أجفان العين وهي أربعة، ففي جميعها الدية، لأن فيها منفعة الجنس، وفي كل منها ربع الدية، لأن كل ذي عدد تجب في جميعه الدية، تجب في الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع. وبهذا قال : الحسن، والشعبي، والثوري، والشافعي. وأصحاب الرأي .. وعن مالك في جفن العين وحجاجها الاجتهاد، لأنه لم يعلم تقديره عن النبي ﷺ .. ولنا : أنها أعضاء فيها جمال ظاهر، ونفع كامل، فإنها تكن العين، وتحفظها وتقيها الحر والبرد، وتكون كالفلق عليها).

(٥) انظر : الكافي : ١٠٩/٤، والمغني لابن قدامة : ١٣٨/١٢ وما بعدها.

مالك وأبو يوسف ، وقال أكثرهم : فيه دية وحكومة للزيادة^(١) دليلنا : أنه لما تبع الكف للأصابع في الدية، كذلك ما زاد على الكف لاشتراكهما في الاسم، وكذلك الحشفة مع الذكر.

١٨٦٤ - مسألة : في العين القاتمة^(٢)، والسن السوداء، واليد الشلاء، ولسان الأخرس دية مقدرة وهي ثلث ديته، وفيه رواية أخرى : فيه حكومة، وبه قال أكثرهم^(٣) وجه الأولى : ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : «في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية»^(٤)، ولأن هذه الأشياء على صفة الصحيح بمعنى كمال الإبعاد. وإنما عدم كمال منفعة ، وهذا لا يمنع التقدير كأنف الأخشم^(٥) وأذن الأطروش^(٦).

١٨٦٥ - مسألة : في كسر الضلع وفي الترقوة بعير، وفيهما بعيران، وفي الذراع والساعد والفخذ في كل واحد منهما بعيران ، وكذلك الزند^(٧)، وقال

(١) جاء في المذهب: ١٤٢/٥ : (واليد التي تجب فيها الدية هي الكف، فإن قطع الكف وجبت الدية، وإن قطع من نصف الذراع، أو من المرفق، أو من العضد، أو من المنكب وجبت الدية في الكف، ووجبت فيما زاد لحكومة.

وقال أبو عبيد بن حرب : (من أتمة أصحاب الوجوه)، الذي تجب فيه الدية هو اليد من المنكب، لأن اليد اسم للجميع .. والمذهب الأول).

(٢) العين القائمة : هي التي ذهب بصرها، وصورتها باقية كصورة الصحيحة.

(٣) جاء في المغني: ١٥٥/١٢ : (واختلفت الرواية عن أحمد في اليد الشلاء، والعين القائمة، وفي السن السوداء فعنه في كل واحدة ثلث الدية).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٩١/٨، والسنائي في السنن الكبرى: ٢٤٣/٤، وأبو داود في سننه: ١٢٨/٣، وعبد الرزاق في المصنف: ٣٣٤/٩.

(٥) الأخشم: رجل أخشم بين الخشم، وهو داء يعتري الأنف. انظر لسان العرب مادة (خشم): ١٧٨/١٢.

(٦) الأطروش: الأصم، انظر لسان العرب مادة (طرش): ٣١١/٦.

(٧) جاء في كشاف القناع: ٥٧/٦ : (وفي كسر الضلع بعير إن جبر مستقيماً، وفي الترقوتين بعيران، وفي أحدهما بعير، وفي كل واحد من الذراع (وهو الساعد) والعضد، والفخذ، والساق إذا جبر ذلك مستقيماً، بأن بقي على ما كان عليه من غير أن يتغير عن صفته). انظر: التوضيح: ١١٨٧/٣، والكافي: ١١٥/٤.

أكثرهم . ليس في هذه الأشياء مقدر لكن حكومة. ^(١) دليلنا: ما روي عن عمر أنه : «قضى في أحد الزندين بيعيرين وفيهما بأربعة أبرة» ^(٢)، ولأن من أسقط التقدير قال : لأنه عظم باطن وهذا فاسد، لأن الهاشمة والمنقلة بهذه المثابة.

١٨٦٦ - مسألة : ما دون الموضحة لا يبلغ به أرش الموضحة ^(٣)، وبه قال أكثرهم ^(٤)، وظاهر كلام الخرقى أنه يبلغ به ولا يزيد عليها ^(٥)، وقال مالك: يبلغ به ويزاد أيضاً. دليلنا: أننا قد تحققنا أن الموضحة أعظم مما دونها، ثم الموضحة لا يزداد فيها على خمسة، فأولى أن لا يزداد بما هو دونها، كما لا يبلغ باليد الشلاء دية الصحيحة.

١٨٦٧ - مسألة : إذا أوضحه فذهب عقله لم تدخل دية الموضحة في دية العقل ^(٦).

(١) جاء في حلية العلماء: ١٠٨٩/٣: (فإن كسر منه الترقوة، أو كسر ضلعاً، فقال في موضع: فيه حمل، وقال في موضع آخر: فيه حكومة... وقال أبو إسحاق، وأبو علي بن أبي هريرة: يجب فيه الحكومة أولاً واحداً... وقال المزني وغيره: هو على قولين، وهو الأصح، وأصح القولين: أنه يجب فيه حكومة).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٩٩/٨، وعبدالرازق في المصنف: ٣٦٢/٩.

(٣) جاء في الإنصاف: ١١٦/١٠: (فإن كانت في الشجاج التي دون الموضحة لم يبلغ بها أرش الموضحة. هذا المذهب المشهور والصحيح من الروايتين.. وعنه: يبلغ به أرش المقدر).

(٤) جاء في المذهب: ١١٦/٥: (وأما الشجاج التي قبل الموضحة وهي خمسة: الحارصة، والدامية، والباضعة، والمتلاحمة، والسحاق، فينظر فيها، فإن أمكن معرفة قدرها من الموضحة بأن كانت في الرأس فشج رجل بجنيها باضعة أو متلاحمة، وعرف قدر عمقها، ومقدارها من الموضحة من نصف أو ثلث أو ربع وجب عليه قدر ذلك من أرش الموضحة).

(٥) جاء في الكافي: ٩٤/٤: (لا يجوز أن يجب فيما دون الموضحة ما يجب فيها، لأن من جرح الموضحة فقد أتى على ما دونها، وزاد عليه...).

(٦) جاء في المغني: ١٥٢/١٢: (فإن أذهب عقله بجناية لا توجب أرشاً كالجراح، أو قطع عضو وجبت الدية وأرش الجرح، وبهذا قال مالك والشافعي في الجديد... وقال أبو حنيفة والشافعي في القديم: يدخل الأقل منهما في الأكثر).

وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي.^(١) دليلنا: أنها جناية أذهبت منفعة حالة في غير موضع الجناية، أشبه إذا ذهب سمعه وبصره ولا يلزم إذا مات، لأن المنفعة في موضع الجناية، وهكذا إذا قلع شحمة عينه، أو قطع لسانه.

١٨٦٨ - مسألة: في ثديي الرجل الدية^(٢)، وقال الشافعي في أحد قولي: فيهما حكومة.^(٣) دليلنا: أن ما شارك الرجل فيه المرأة وكان فيه من المرأة الدية كذلك من الرجل كاليدنين والرجلين.

١٨٦٩ - مسألة: إذا قلع سن من ولد أئغر ثم عادت سقط الضمان^(٤)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي في أحد قولي^(٥): أنه يضمن. دليلنا: أنه قد خلفها في مكانها مثلها أشبه إذا كانت من طفل.

(١) جاء في المذهب: ١٢٩/٥: (فإن كانت الجناية لها أرس مقدر، نظرت: فإن بلغ الأرس قدر الدية أو أكثر لم يدخل في دية العقل، ولم تدخل فيه دية العقل ..

وإن كان لأررش دون الدية، كأررش الموضحة، ونحوه، ففيه قولان: قال في القديم: يدخل في دية العقل، لأنه معنى يزول التكليف بزواله، فدخل أررش الطرف في دية كالنفس، وقال في الجديد: لا يدخل وهو الصحيح، لأنه لو دخل في دية ما دون الدية لدخلت فيه الدية كالنفس، ولأن العقل في محل والجناية في محل آخر فلا يدخل أرشها في ديتها ..).

(٢) جاء في المغني: ١٤٣/١٢: (فأما ثديا الرجل، وهما التندوتان، ففيهما أيضاً الدية، وبهذا قال إسحاق، وحكى ذلك قولاً للشافعي، وقال النخعي ومالك، وأصحاب الرأي، وابن المنذر: فيهما حكومة، وهو ظاهر مذهب الشافعي، لأنه ذهب بالجمال من غير منفعة فلم تجب الدية).

(٣) جاء في المذهب: ١١٣/٥: (وفي التندوتين الدية، وهما ثديا الرجل، لأن ما وجبت الدية فيه من المرأة، وجبت فيه من الرجل إذا اشتركا فيه كاليدنين).

(٤) جاء في المغني: ١٣٢/١٢: (فأما سن الصبي الذي لم يشغر، فلا يجب بقلعها في الحال شيء، هذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا أعلم فيه خلافاً، وذلك لأن العادة عود سنه، فلم يجب في الحال شيء .. فإن مضت مدة يئأس من عودها، وجبت ديتها).

(٥) جاء في المذهب: ١٣٩/٥: (إذا قلع سن صغير لم يشغر، لم يلزمه شيء في الحال، لأن العادة في سنه أن يعود وينبت، فلم يلزمه شيء في الحال، فإن نبت له مثلها في مكانها لم يلزمه ديتها، وهل تلزمه حكومة ..؟ فيه وجهان).

١٨٧٠ - مسألة : إذا ضرب السن فاسودت، ففيه جميع ديته^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي : فيه حكومة^(٢)، وهو اختيار أبي بكر، ذكره في الخلاف. وحكي عن أحمد أن فيه ثلث ديته. دليلنا : أنه أذهب جماله ومنفعته أشبه إذا قلعه. أما جماله فلا شك فيه، وأما منفعة فقد قيل أنه ينتقب في المستقبل.

١٨٧١ - مسألة : إذا قطع لسان صبي لم يبلغ حد النطق، ففيه الدية^(٣)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : حكومة. دليلنا : ما وجب فيه من الكبير دية، كذلك من الصغير كالدين.

١٨٧٢ - مسألة : في عين الأعور الدية^(٤)، وبه قال مالك ، والزهري ، والليث، وقال أبو حنيفة والشافعي : النصف. دليلنا : أنه مذهب عمر، وعثمان، وابن عمر، ولا مخالف لهم ، ولأن المقصود من صاحب العينين موجود في حق صاحب العين الواحدة وهو أنه يتأمل الخط الدقيق ، وينقط المصاحف ، وينظر المدى بالحذي ، وإذا كان كذلك يجب أن يساويه ، وإنما أكثر ما فيه ضعف فهو كالعمش.

(١) جاء في الكافي : ١٠٧/٤ : (وإن جنى على سنه فاحمرت، أو اصفرت، ففيها حكومة، لأن نفعها باق : وإن ذهب جمالها، وإن اخضرت أو اسودت ففيها روايتان، إحداهما : فيها ديتها، لأنه يروى عن زيد بن ثابت، ولأنه سود ماله دية .. والآخر : فيها حكومة. اختاره القاضي، لأنه لم يذهب منها إلا الجمال).

(٢) جاء في حلية العلماء : ١٠٨٦/٣ : (وإن ضرب سنه فاسودت فقد قال في موضع : تجب الحكومة، وقال في موضع : تجب الدية، واختار المزني أن تكون على قولين، أصحهما أنه تجب الدية).

(٣) جاء في المغني : ١٢٩/١٢ : (وإذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفولته، وجبت ديته وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : لا تجب، لأنه لسان لا كلام فيه، فلم تجب فيه دية، كلسان الأخرس).

(٤) جاء في كشف القناع : ٣٧/٦ : (وفي عين الأعور دية كاملة قضى به عمر، وعثمان، وعلي، وابن عمر، ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة، ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله فوجبت الدية).

فصل : فإن قلع الأعور أحد عيني الصحيح عمداً ، فلا قود وعليه دية كاملة ، وبه قال مالك في إحدى روايتيه ، وعنه رواية أخرى : عليه نصف الدية ولا قصاص ، وقال أكثرهم : عليه القصاص وإن أخذ منه دية فنصف . دليلنا : على إسقاط القصاص أنه مروى عن عثمان قال : « فلا يقتص منه » ، ولأنه لم يسلبه جميع النظر فلا يسلب جميع النظر كالصحيح إذا قلع عين صحيح . والدلالة على أنه تجب دية كاملة أنه قد وجب عليه تسليم العين ، وقد تعذر تسليمها لما بينا ، فيجب أن يرجع إلى بدلها كأم الولد إذا جنت خطأ .

١٨٧٣- مسألة : جراح المرأة تساوي جراح الرجل إلى ثلث الدية^(١) ، فإذا زادت على الثلث فهي على النصف ، وفيه رواية أخرى : يتساويان فيما دون الثلث^(٢) ، وبه قال مالك^(٣) والشافعي في القديم ، وقال في الجديد : لا يتساويان

(١) هذه المسألة حدث فيها خلاف بين الفقهاء ، ويمكن حصره على النحو التالي :

القول الأول : يرى أن دية المرأة وجراحها على النصف من دية الرجل فيما قل أو كثر ، وذهب إلى ذلك أبو حنيفة والشافعي .

القول الثاني : يرى التسوية بين الرجل والمرأة في عقل الجراح حتى يبلغ ثلث الدية ، ثم تكون دية المرأة على النصف ، ذهب إلى ذلك مالك ، والحنابلة في الرواية المشهورة ، والشافعي في القديم .

(٢) فقد جاء في كشف القناع : ٢٠/٦ : (ويساوي جراح المرأة جراح الرجل من أهل دينها كيف كانا فيما دون ثلث دينه ، فإذا بلغت الثلث أو زادت عليه صارت على النصف ، لقول مالك عن ربيعة قال : قلت لسعيد بن المسيب : كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر من الإبل . قلت : ففي أصبعين ؟ قال : عشرون . قلت : ففي ثلاث أصابع ؟ قال : ثلاثون . قلت : ففي أربع أصابع . قال : عشرون . قلت : لما عظمت مصيبتها قل عقلها ؟ قال : هكذا السنة يا ابن أخي .)

(٣) جاء في بداية المجتهد : ٢٦٠/٤ : (واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس ، واختلفوا في الشجاج وأعضائها .. فقال جمهور فقهاء المدينة : تساوي المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والأعضاء إلى أن تبلغ ثلث الدية ، فإن بلغت ثلث الدية عادت دينها إلى النصف من دية الرجل .. وقالت طائفة : بل دية جراح المرأة مثل دية جراحة الرجل إلى الموضحة ثم تكون دينها على النصف من دية الرجل) .

البته، وبه قال أبو حنيفة^(١) دليلنا: على المساواة ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها»^(٢)، ولأن كل أرش لا يزيد على قدر الثلث يستوي في الذكر والأنثى كدية الجنين.

فصل: والدلالة على مالك أن الذكر والأنثى إذا استويا في فرض مقدر استويا في الثلث كالأخوة من الأم .

١٨٧٤ - مسألة: إذا وطء زوجته فأفضاها ومثلها يوطأ فلا ضمان عليه^(٣)، وبه قال أبو حنيفة خلافاً للشافعي^(٤) أن عليه الدية. دليلنا: أنها سرايا فعل مستحق أشبه سراية القصاص وقطع السارق وطرده السراية من ضرب المعلم والأب والزوج ولا يلزم إذا رمى طائراً فأصاب آدمياً، لأنه لا يوصف الرمي بالاسنحاق.

(١) جاء في بدائع الصنائع: ٤٨١٨/١٠: (ولنا: أنه ينصف بدل النفس بالإجماع وهو الدية، فكذا بدل ما دون النفس، لأن المنصف في الحالين واحد، وهو الأنوثة، ولهذا ينصف ما زاد على الثلث، فكذا الثلث وما دونه .. ولأن القول بما قاله أهل المدينة يؤدي إلى القول بقله الأرض عند كثرة الجناية، وأنه غير معقول).

(٢) أخرجه النسائي من باب القسامة. انظر: المجتبى: ٤٠/٨.

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣٢٥/٣: (ومن وطء:

(أ) زوجة صغيرة لا يوطأ مثلها.

(ب) أو زوجة نحيفة لا يوطأ مثلها فخرق بوطئه ما بين مخرج البول ومخرج مني، أو خرق بوطئه ما بين السبيلين، فعليه الدية كاملة إن لم يستمسك بول، لإبطاله نفع المحل الذي يجتمع فيه البول. وإلا بأن يستمسك البول فعليه أرش جائفة - أي ثلث الدية.

(ج) وإذ كانت الزوجة ممن يوطأ مثلها لمثله ..

(د) أو كانت الموطوءة حرة أجنبية - أي غير زوجة واطء، كبيرة، مطاوعة، ولا شبهة لواطئ فوطئها فوق ذلك، أي خرق ما بين السبيلين فهو هدر لحصوله من فعل مأذون فيه).

(٤) جاء في حلية العلماء: ١٠٨٨/٣: (إذا وطء زوجته فأفضاها، وجب عليه المهر بحكم النكاح، والدية للإفضاء. وحكى الشيخ أبو حامد: أنه إذا كان البول مسترسلاً، وجب مع الدية حكومة، وإن كان مستمسكاً فالدية والمهر. وقال أبو حنيفة: لا دية عليه).

فصل: فإن طاووعته أجنبية فأفضاها فلا ضمان عليه^(١) خلافاً للشافعي^(٢).
دليلاً: أنها جناية حدثت من فعل مأذون فيه أشبه إذا أذنت في قطع يديها فسرا إلى نفسها.

فصل: فإن وطئها مكرهة فأفضاها ولم يسترسل البول فعليه ثلث الدية^(٣)،
وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: دية كاملة^(٤). دليلاً: أنها جناية لا ترفع
الحاجز بين مسلك البول والذكر، فهو كما جرحها في جوفها.

فصل: فإن استرسل البول فعليه دية، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي:
فيه حكومة. دليلاً: أن الدية قد وجبت لإبطال منفعة العين فلا يجب معها
حكومة، كما لو قطع اللسان أو الذكر.

فصل: فإن وطئ امرأة بشبهة فأفضاها فعليه المهر، وضمان الإفضاء على
ما ذكرنا من التفصيل، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجتمع مهر ودية
كاملة، فإن كان موجب الإفضاء دون الدية وجب المهر. دليلاً: أنه أحد نوعي
الإفضاء فلا يمنع إيجاب المهر كالذي لا يسترسل معه بولها.

١٨٧٥ - مسألة: في ذكر الخصى والعنين حكومة^(٥)، وبه قال أكثرهم، وفيه

(١) جاء في المغني: ١٧١/١٢: (فأما المطاوعة على الزنى، إن كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها، وقال الشافعي: يضمن، لأنه مأذون في الوطء دون الفتق).

(٢) جاء في حلية العلماء: ١٠٨٩/٣: (فأما إذا طاووعته على الزنا فلا مهر لها، ولها دية الإفضاء، وقال أبو حنيفة: لا يضمن دية الإفضاء).

(٣) جاء في المغني: ١٧١/١٢: (وإن أكره امرأة على الزنا، فأفضاها، لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها، لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه الضمان ..).

جاء في ص ١٧٢: (وإن استطلق بول المكرهة فعليه ديتها والمهر).

(٤) جاء في حلية العلماء: ١٠٨٩/٣: (وإن كان الإفضاء في أجنبية أكرهها على الوطء، وجب المهر ودية الإفضاء).

(٥) جاء في كشف القناع: ٥٠/٦: (وذكر الخصى والعنين، والسن السوداء، والثدي دون حلمته، والذكر دون حشفته، وقصبة الأنف دون مارنه، واليد والأصبع الزائدين حكومة، لما حصل من النقص والسنين مع عدم ورود تقديره في شيء منها، والتقدير من باب التوقيف).

رواية أخرى : دية كاملة، وبه قال الشافعي^(١) وجه الأولى : أن منفعة الذكر هي الإنزال والإحبال، وقد عدت في حال بلوغ كماله، فهو كاليد الشلاء، ولا يلزم ذكر الصغير لأنه لم يبلغ حالة كماله، وهكذا ذكر الشيخ الضعيف لأنه قد جاوز حال كماله فهو بمثابة يد الصبي ويد الشيخ.

١٨٧٦ - مسألة: في اللحية إذا ذهب فلم تعد الدية، وكذلك شعر الرأس والحاجبين وأهداب العينين^(٢)، وبه قال أبو حنيفة^(٣)، وقال أكثرهم : حكومة.^(٤) دليلنا: أنه أذهب الجمال على الكمال، أشبه الأنف والأذن.

١٨٧٧ - مسألة: دية أهل الكتابيين على النصف من ديات المسلمين^(٥)، وبه قال مالك^(٦)، وفيه رواية أخرى : على الثلث، وبه قال الشافعي. ولا نختلف أن دية المجوسي ثمانمائة، وقال أبو حنيفة : دية الكفار كدية المسلمين.^(٧) دليلنا:

(١) جاء في المذهب: ١٤٨/٥ : (ويجب في الذكر الدية، لما روي أن النبي ﷺ كتب مع عمرو ابن حزم إلى اليمن: وفي الذكر الدية. ويجب ذلك في ذكر الشيخ، والطفل، والخصي، والعينين، لأن العضو في نفسه سليم). انظر: روضة الطالبين: ٢٨٧/٩.

(٢) جاء في التوضيح: ١١٨٣/٣ : (وفي كل واحد من شعر رأس، ولحيته، وحاجبين، وأهداب عينين دية، وفي حاجبه نصف، وفي هذب ربع، وفي بعضه بقسطه، فإن عاد سقطت ديته. وإن بقي من شعر لحيته أو غيرها من الشعور ما لا جمال فيه، فدية كاملة، وفي الشارب حكومة نصا).

(٣) جاء في تحفة الفقهاء: ١٠٩/٢ : (وفي أشطار العينين كلها، وفي كل واحد منهما ربع الدية إذا لم ينبت).

(٤) جاء في المذهب: ١٥٣/٥ : (ولا يجب في إتلاف الشعور غير الحكومة، لأنه إتلاف جمال من غير منفعة، فلم تجب فيه غير الحكومة، كإتلاف العين القائمة واليد الشلاء).

(٥) جاء في المغني: ٥١/١٢ : (ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم ونسأؤهم على النصف من دياتهم) هذا ظاهر المذهب، وهو مذهب عمر بن عبدالعزيز، وعروة، ومالك، وعمرو بن شعيب. وعن أحمد: أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها، فإن صالحا روي عنه أنه قال أقول: إن دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم.

(٦) جاء في المدونة: (قلت لابن القاسم: كم ديات أهل الكتاب في قول مالك. ودية نسائهم؟ قال: دية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين، رجالهم على النصف من دية رجال المسلمين، ونسأؤهم على النصف من دية نساء المسلمين).

(٧) جاء في تحفة الفقهاء: ١٠٦/٣ : (أما إذا كانت في النفس، ففيما بين الأحرار تجب دية كاملة، يستوي فيها الصغير والكبير، والوضيع والشريف والمسلم والذمي).

قوله ﷺ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : «عقل أهل الكتابين نصف عقل المسلمين وهم اليهود والنصارى»^(١)، ولأن الكفر له تأثير في إسقاط الدية وهو بالردة، فكان له تأثير في التشعيث كالطلاق لما أزال الملك كان منه ما يشعث وهو الرجعي.

فصل : إذا ثبت أنه ينقص فإنه بالنصف لا بالثلثين خلافاً للشافعي^(٢). دليلنا: ما تقدم من الخبر، ولأنه يؤثر في الدية فأثر في نصفها كالأنوثة.

فصل : فإن قتل المسلم الذمي عمداً فعليه دية كاملة^(٣)، وقال أكثرهم: العمد كالخطأ. دليلنا: أنه مذهب عثمان وبه احتج أحمد، ولأنه ذكر مضمون بالإبل فجاز أن يضمن بدية كاملة كالمسلم.

١٨٧٨ - مسألة : يضمن العبد بقيمته بالغاً ما بلغ، وبه قال أكثرهم^(٤)، وقال أبوحنيفة: إذا بلغ دية حر فصاعداً ضمنه بدية حر بنقص عشرة دراهم^(٥).

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه: ٨٨٣/٢، وأحمد في مسنده: ١٨٣/٢، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٠١/٨، والدارقطني في سننه: ١٧١/٣.

(٢) جاء في المذهب: ١٠٥/٥: (ودية اليهودي، والنصراني ثلث دية المسلم).

(٣) جاء في المغني: ٥٤/١٢: (فإن قتلوا عمداً أضعفت الدية على قاتله المسلم، لإزالة القود، هكذا حكم عثمان بن عفان. هذا يروى عن عثمان.. رواه أحمد عن عبدالرازق عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه: أن رجلاً قتل رجلاً من أهل الذمة، فرفع إلى عثمان، فلم يقتله، وغلظ عليه ألف دينار، فصار إليه أحمد، اتباعاً له، وله نظائر في مذهبه).

(٤) جاء في الإنصاف: ٦٦/١٠: (ودية العبد والأمة قيمتهما، بالغة ما بلغت.. هذا المذهب، بلا ريب وهذا هو المشهور عن الإمام أحمد.. وعنه: لا يبلغ به دية الحر، نقلها حنبل). انظر: التوضيح: ١١٧١/٣.

(٥) جاء في بدائع الصنائع: ٢٦٧٠/١٠: (أما إذا كان القاتل حراً والمقتول عبداً، فالعبد المقتول لا يخلو أن يكون عبد أجنبي، وإما أن يكون عبد القاتل.. فإن كان عبداً أجنبي، فإما أن يكون قليل القيمة:

أ) فإن كان قليل القيمة، بأن كانت قيمته أقل من عشرة آلاف درهم، تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع.

ب) وإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر اختلف فيه.. قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: يجب عشرة آلاف إلا عشرة).

وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنه مملوك أشبه سائر المملوكات، وإذا ضمنه باليد لا بالجناية وإذا استولد المشتركة أو أعتقها.

١٨٧٩ - مسألة: الجراح المقدر من الحر يضمن بمقدر من القيمة في حق العبد، وهي اختيار الخرقى، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: يضمن بما نقص، وهي اختيار أبو بكر الخلال^(١)، وبه قال مالك... إلا أنه يستثنى أربع شجاج: المأمومة، والجائفة، والمنقلة، والموضحة. دليلنا: أنها جنایات لو كانت على الحر كانت مضمونة بمقدر، كذلك على العبد كالشجاج الأربع.

١٨٨٠ - مسألة: إذا قطعت يد العبد ثم أعتقه سيده ومات منها فالسراية مضمونة^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يضمن السراية، وللسيد قيمة اليد. دليلنا: أن الحرية لا تمنع ابتداء الجناية فلا يمنع حكم السراية كالرق وعكسه الردة.

فصل: فإذا ثبت الضمان، فإنه يضمن بقيمته ويكون للسيد، وقال الشافعي: يضمن بدية حر، ويكون للسيد منها نصف قيمتها وما بقي لورثة العبد. دليلنا: أن السراية إذا تبعت الجناية في الضمان تبعتها في المحل، كما لو لم يعتقه ولم يبيعه.

١٨٨١ - مسألة: إذا كان قيمة العبد تزيد على دية الحر فأتلف منه ما فيه كمال

(١) جاء في المغني: ١٨٣/١٢: (وجملته أن الجناية على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته، لأن الواجب وجب جبراً لما فات بالجناية، ولا ينجر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة).

(٢) المغني: ٤٤٤/٩، كتاب الجراح، فصل: وسراية الجناية مضمونة.

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣/٣٠٩ ما ملخصه: (ودية قن ذكر أو أنثى أو خنثى صغيراً أو كبيراً قيمته عمداً كان القتل أو خطأ من حر أو غيره، وسواء ضمن باليد أو بالجناية، ولو كانت قيمته فوق دية حر، لأنه مال متقوم فضمن بكمال قيمته...).

القيمة^(٢) كالليدين ونحوهما ثم أعتق ومات، وجب ضمان القيمة، ذكره أبو بكر في الخلاف، وقال الشافعي: دية حر.^(١) دليلنا أن الموت أحد ما يستقر به أرش الجناية أشبه الإندمال، وقد ثبت أنها لو حصلت بعد العتق ضمنه بالقيمة، كذلك إذا مات.

١٨٨٢ - مسألة: جناية العبد المغصوب على مولاه مضمونة وعلى الغاصب هدر^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال أصحابنا: بالعكس. دليلنا: أن الغاصب في حكم المالك بدلالة أنه لو جنى العبد على أحدهما ضمن السيد ورجع به على الغاصب، وإذا كان كذلك فالمالك لا يثبت له حق على مملوكه ويفارق السيد، لأن الضمان في الحقيقة لا يلزمه فهو كالأجنبي.

١٨٨٣ - مسألة: إذا جنى العبد خطأ فالمولى بالخيار بين أن يسلمه أو يفديه، ولا يلزمه ببيعه^(٣) وتسليم قيمته في الأرض. فإذا أخذه الولي كان جميع ثمنه له وإن زاد على الأرض، وبه قال أبو حنيفة^(٤) وفيه رواية أخرى: يلزمه ببيعه

(١) جاء في حاشية العلماء: ٣/١٠٩٠ وما بعدها: (يجب في العبد قيمته بالغاً ما بلغت القيمة، فإن فقاً عين عبد قيمته ألف دينار فأعتقه مولاه ثم مات قبل الإندمال، وجب فيه دية حر، ويكون للمولى.. وقال المزني: يجب ألف دينار، ويكون للمولى).

(٢) جاء في المغني: ٤٧٤/٧: (وإن جنى العبد المضررب، فجنائته مضمونة على الغاصب، لأنه نقص في العبد الجاني، لكون أرش الجناية يتعلق برشته، فكان مضموناً على الغاصب كسائر نقصه، وإن جنى على سيده، فجنائته مضمونة على الغاصب أيضاً، لأنها من جملة جنائته، فكان مضموناً على الغاصب).

(٣) جاء في الممتع: ٥٣٨/٥: (إذا جنى العبد خطأ، فسيدة بالخيار بين فدائه بالأقل من قيمته أو أرش جنائته، أو تسليمه لبياع في الجناية، وعنه: إن أبى تسليمه فعليه فداؤه بأرش الجناية كله. أما كون العبد إذا جنى خطأ، سيده بالخيار بين ما ذكر، فلأن حق المجني عليه يحصل بذلك، لأن السيد إذا فدا عبده بقيمته فقد أدى عرض المحل، الذي تعلق به الجناية، وإذا فداه بأرش الجناية فقد أدى ما استحق عليه...).

(٤) جاء في مختصر الطحاوي: ص ٢٣٠: (والواجب فيما جناه العبد على الحر أن يدفعه به مولاه إلى ولي الحر، أو يفديه منه بدنيته).

ودفع الثمن، وما زاد فهو له، وبه قال الشافعي^(١). دليلنا: أنها جناية ثابتة في الرقبة يمكن استيفائها منه فاستحق بها كالعمد ولا يلزم جناية أم الولد، لأنه لا يمكن الاستيفاء منها.

١٨٨٤ - مسألة: لا يملك العبد بالجناية العمد والحكم فيه كالححر، إما القصاص أو عفو إلى مال^(٢)، وبه قال أكثرهم، وفيه رواية أخرى: قد ملكه، وبه قال مالك وجه الأولى: أنها جناية من العبد فلا يوجب زوال ملكه عنه كجناية الخطأ.

١٨٨٥ - مسألة: إذا جنت أم الولد فداها سيدها بأقل الأمرين من قيمتها، أو الأرض، فإن فداها ثم عادت جنت فعلى روايتين: أحديهما: أنها كالدفع الأولى، والثانية: تكون في ذمتها يبيع بها بعد العتق، ولا تختلف الرواية أنه إذا لم يتخللها فداء وجب قيمة واحدة بين الجميع. وقال أبو حنيفة: لا يلزم السيد إلا قيمة واحدة، وعن الشافعي كالرواية الأولى، وكمذهب أبي حنيفة وجه الأولى وهي اختيار الخرقي وأبي بكر: أنها مملوكة فجاز أن يتكرر الفداء بتكرر جنايتها كالقن، ولا يلزم إذا لم يفدها، لأن التعليل للجواز^(٣).

(١) جاء في المهذب: ١٧٦/٥: (وإن جنى عبد على حر، جناية توجب المال تعلق المال برقبته، لأنه لا يجوز إيجابه على المولى، لأنه لم يوجد منه جناية ... والمولى بالخيار بين أن يبعه، ويقضي حق الجناية من ثمنه، وبين أن يفديه. ولا يجب عليه تسليم العبد إلى المجني عليه، لأنه ليس من جنس حقه .. فإن اختار بيعه، فباعه، فإن كان الثمن بقدر مال الجناية صرفه فيه، وإن كان أكثر قضى ما عليه والباقي للمولى، وإن كان أقل، لم يلزم المولى ما بقى، لأن حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة. فإن اختار أن يفديه، ففيه قولان: أحدهما: يلزمه أن يفديه بأقل الأمرين من أرش الجناية، أو قيمة العبد، لأنه لا يلزمه ما زاد على واحد منهما. والثاني: يلزمه أرش الجناية بالغاً ما بلغ).

(٢) جاء في الممتع: ٥٣٩/٥: (وإن جنى عمداً فعفى الولي عن القصاص على رقبته. فهل يملكه بغير رضى السيد؟ على روايتين ... أما كون ولي المجني عليه يملك العبد إذا عفى عن القصاص على رقبته بغير إذن سيده على رواية، فلائه استحق إتلافه، فاستحق إبقاءه على ملكه كعبد الجاني عليه .. وأما كونه لا يملكه على رواية، فلائه إذا لم يملكه بالجناية، فلائ لا يملكه بالعفو بطريق الأولى).

(٣) جاء في المغني: ٧٠/١٢: (وولد المدبرة، والمكاتبة، والمعتقة بصفة، وأم الولد إذا حملت من غير مولاهما، حكمه حكم ولد الأمة، لأنه مملوك ولا تحمل العاقلة شيئاً من ذلك، لأن العاقلة لا تحمل عبداً بحال).

١٨٨٦- مسألة: لا تحمل العاقلة قيمة العبد خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي.^(١) دليلنا: أنه مملوك أشبه سائر المملوكات، ونخص أبا حنيفة بأنه أحد نوعي الضمان، أشبه ضمان الأطراف.

١٨٨٧- مسألة: إذا ضربه فأحدث أو خرج منه ريح، ففيه ثلث الدية^(٢)، وقال أكثرهم: لا ضمان. دليلنا: ما روى أبو بكر بإسناده عن عثمان «أنه قضى في رجل ضرب بطن رجل فسلح بثلث الدية»، والصحابي إذا قضى بما يخالف القياس فإنما هو توقيف عن رسول الله ﷺ، ولأنه فعل به فعلاً تعدى به، فإذا تعقبه الحدث لزمه الضمان، كما لو ضرب مئانته فاستطلق بوله.

١٨٨٨- مسألة: إذا جنى على نفسه خطأ، وجب الضمان على العاقلة^(٣) ففيما

(١) جاء في المذهب: ١٦٥/٥: (وإن قتل عبداً خطأ أو عمد خطأ، ففي قيمته قولان: أحدهما: أنها تحملها العاقلة، لأنه يجب القصاص والكفارة بقتله، فحملت العاقلة بدله كالحرة. والثاني: أنه لا تحملها العاقلة، لأنه مال فلم تحمل العاقلة بدله كسائر الأموال).

وجاء في مغني المحتاج: ٩٨/٤: (وتحمل العاقلة العبد، أي الجنابة عليه من الحر، لكن بقيمته خطأ كانت الجنابة أو شبه عمد في نفس أو طرف في الأظهر الجديد).

(٢) جاء في الممتع: ٥٠٦/٥: (ومن أفرغ إنساناً فأحدث بغائط، فعليه ثلث ديته، وعنه: لا شيء عليه. أما كون من أفرغ إنساناً فأحدث بغائط ثلث الدية على المذهب، فلأنه يروى عن عثمان-رضي الله عنه- قال الإمام أحمد: لا أعرف شيئاً يدفعه. وأما كون لا شيء عليه على رواية، فلأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو أو إزالة جمال، وليس هنا شيء من ذلك. والأول أصح).

وحكم من أفرغ إنساناً فأحدث ببول أو ريح حكم من أفرغ إنساناً فأحدث بغائط).

(٣) جاء في المغني: ٣٣/١٢: (وإن جنى الرجل على نفسه خطأ، أو على أطرافه، ففيه روايتان: قال القاضي: أظهرهما أن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث، وهذا هو قول الأوزاعي، وإسحاق، لما روي أن رجلاً ساق حمارة، فضربه بعضا كانت معه، فطار منها شظية، فأصاب عينه ففقأها، فجعل عمر- رضي الله عنه - ديتيه على عاقلته، وقال: هي يد من أيدي المسلمين لم يصبها اعتداء. والرواية الثانية جنايته هدر، وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم: ربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي... وهي أصح).

دون النفس يكون له وفي النفس لورثته، وقال أكثرهم : لا ضمان^(١)، وعن أحمد نحوه. دليلنا: ما روى ابن أبي شيبه بإسناده عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه «أنه قضى في رجل ضرب بهيمته فطارت شظية فأصابته عينه أن الدية على عاقلته»^(٢) والظاهر أنه توقيف لأنه يخالف القياس، ولأن ما تحمله الغير عن غيره جاز أن يتحمله لنفسه كالنفقة.

١٨٨٩ - مسألة: إذا اصطدم الفارسان فماتا، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه^(٣)، وبه قال أكثرهم، وقال الشافعي^(٤): على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر. دليلنا: أن كل واحد منهما صدم صاحبه فإذا ماتا من ذلك لزم عاقلة كل واحد دية الآخر^(٥)، كما لو كان أحدهما واقفاً والآخر سائراً.

(١) جاء في المذهب: ١٦٥/٥: (ومن قتل نفسه خطأ لم تجب الدية بقتله، ولا تحمل العاقلة دية، لما روي أن عوف بن مالك الأشجعي ضرب مشركاً بالسيف، فرجع السيف عليه فقتله، فامتنع أصحاب رسول الله ﷺ من الصلاة عليه، وقالوا: أبطل جهاده. فقال رسول الله ﷺ: «بل مات مجاهداً»، ولو وجبت الدية، لبين رسول الله ﷺ ذلك).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه: ٣٤٩/٩، وعبدالرزاق في مصنفه: ٤١٢/٩.

(٣) جاء في الكافي: ٦٥/٤: (وإذا اصطدم نفسان فماتا، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه، لأن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه، وإنما هو قرب نفسه إلى محل الجنابة عن غير قصد، وإن ماتت دابتهما، ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الآخر.. وإن تصادما عمداً وذلك مما يقتل غالباً، فدماؤهما هدر).

(٤) جاء في المذهب: ٩١/٥: (وإن اصطدم فارسان، أو راجلان، وماتا، وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر).

وجاء في روضة الطالبين: ٣٣١/٩: (إذا اصطدم حران ماشيان، فوقعا وماتا، فكل واحد مات بفعله وفعل صاحبه، فهو شريك في القتلين، ففعله هدر في حق نفسه مضمون في حق صاحبه... فالصحيح أن في تركة كل واحد منهما كفارتين بناءً على أن الكفارة لا تنجز.. وإن لم يقصد الاضطدام فالنصف على العاقلة).

(٥) جاء في بدائع الصنائع: ٤٧٠٧/١٠: (إذا اصطدم فارسان فماتا، فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر في قول أصحابنا الثلاثة، وعند زفر: على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، وهو قول الشافعي).

١٨٩٠ - مسألة: إذا مال الحائط إلى الطريق، أو ملك غيره، فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به^(١)، وقال أصحاب أبي حنيفة ومالك: إذا تقدم إليه بنقضه ضمن^(٢)، وعن أحمد نحوه وعن أصحاب الشافعي^(٣): في الضمان وجهان في الجملة. دليلنا: أن الحائط وضعه في ملكه فلا يكون سبباً في الضمان، كما لو لم يتقدم إليه بنقضه، وكالجرة على حائطه إذا ألقته الرياح.

١٨٩١ - مسألة: إذا صاح بصبي أو معتوه^(٤) من على حائط فسقط، ضمنه، وكذلك إذا اغتفل بالغاً فصاح به فسقط، وكذلك إذا استعدى على امرأة فأسقطت، وبه قال الشافعي إلا في العاقل البالغ، فإن فيه وجهان، وقال أبو حنيفة: لا ضمان جملة. دليلنا: أن المرأة ضعيفة القلب، سريعة الفزع، شديدة الخوف، فيحصل هذا سبب في إتلافها، فهو كوضع الحجر ونصب السكين.

(١) جاء في المغني: ٩٤/١٢: (وإن بنى في ملكه حائطاً مستوياً، أو مائلاً إلى ملكه، فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف، لأنه لم يتعد بنائه، ولا حصل منه تفريط بإتلافه، وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوز، فلا ضمان عليه، لأنه بمنزلة بنائه مائلاً في ملكه).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٧٢٩/١٠: (وجملة الكلام فيه أن الحائط لا يخلو: إما أن بنى مستوياً مستقيماً ثم مال ... وإما أن بنى مائلاً من الأصل ... فإن بنى مستقيماً، ثم مال فميلانه لا يخلو: إما أن يكون في الطريق، وإما أن يكون في ملك إنسان، فإن كان في الطريق فإن كان نافذاً فسقط فعطب به شيء مما ذكر، يجب الضمان على صاحب الحائط ... الخ).

(٣) جاء في المذهب: ٩٠/٥: (وإن بنى حائطاً في ملكه، فمال الحائط إلى الطريق، ووقع على إنسان فقتله، ففيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه يضمن، لأنه لما مال إلى الطريق لرمي الله، فإن لم يزل صار متعدياً بتركه، فضمن من هلك به ... والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: أنه لا يضمن وهو المذهب، لأنه بناء في ملكه ووقع من غير فعله، فاشبه ما لو وقع من غير ميل).

(٤) جاء في المذهب: ٨٤/٥: (وإن كان صبي على طرف سطح فصاح رجل، ففزع، فوقع من السطح. ومات، ضمنه، لأن الصياح سبب لوقوعه ... وإن كان صياحه عليه فهو عمد خطأ، وإن لم يكن صياحه عليه فهو خطأ، وإن كان بالغ على طرف سطح فسمع الصيحة في حال غفلته، فخر ميتاً ففيه وجهان: أحدهما: أنه كالصبي. والثاني: لا يضمن).

١٨٩٢- مسألة: يدخل الأب والابن في تحمل الدية، وهو اختيار أبو بكر، وبه قال أكثرهم^(١) خلافاً للشافعي وإحدى الروایتين. دليلنا: أنها قرابة يولي بها في النكاح أشبه بقية العصابات.

١٨٩٣- مسألة: لا يلزم الجاني تحمل شيء^(٢) من الدية، وقال أبو حنيفة: هو كإحدى العاقلة، وعن مالك كالمذهبيين، وقال الشافعي: إن اتسعت العاقلة للدية لم يلزم الجاني شيء. دليلنا: أن ما وجب تحمله عن الغير وجب تحمل جميعه كالنفقة والبطرة.

١٨٩٤- مسألة: لا مدخل لأهل الديوان في تحمل الدية^(٣)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه معنى لا يستحق به الإرث أشبه الجوار.

١٨٩٥- مسألة: لا يلزم الفقير تحمل شيء من الدية^(٤)، وبه قال الشافعي^(٥) خلافاً لأكثرهم وإحدى الروایتين. دليلنا: أنه حق يجب على المسلم بحلول الحول، فلا يجب على الفقير كالزكاة.

(١) جاء في معونة أولي النهى: ٣١٧/٨: (وعاقلة جان ذكور عصبته نسباً وولاءً حتى عمودي نسبه على الأصح).

(٢) جاء في مختصر الطحاوي: ص ٢٣٣: (ويعقل الجاني مع عاقلته جناية نفسه إن كان رجلاً حراً صحيحاً يعقل).

(٣) جاء في المغني: ٤٢/١٢: (ولا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يتحملون جميع الدية).

(٤) جاء في المغني: ٤٧/١٢: (أكثر أهل العلم على أنه ليس على فقير من العاقلة، ولا امرأة، ولا صبي، ولا زائل العقل، حمل شيء من الدية، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ، لا يعقلان مع العاقلة، وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء، وهذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وحكى بعض أصحابنا، عن مالك، وأبي حنيفة: أن للفقير مدخلاً في التحمل).

(٥) جاء في المهذب: ١٧٣/٥: (ولا يعقل فقير، لأن حمل الدية على العاقلة مواساة، والفقير ليس من أهل المساواة، ولهذا لا تجب عليه الزكاة، ولا نفقة الأقارب، ولأن العاقلة تتحمل لدفع الضرر عن القاتل، والضرر لا يزال بالضرر).

١٨٩٦ - مسألة: ما تحمله العاقلة غير مقدر بل على قدر الطاقة^(١)، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة^(٢): أكثره أربعة دراهم، وقال الشافعي: أقله نصف دينار^(٣) في حق الغني، وفي حق الفقير ربع دينار، وهو ظاهر كلام أبي بكر. دليلنا: أن ماتحمله الغير عن الغير على طريق المواساة لا يتقدر كالنفقة، ولا يلزم الفطرة، لأنها ليست مواساة، بدلالة وجوبها عن الزوجة والعبد وليس من أهل المواساة.

فصل: ولا يستوي الفقير والغني فيما يتحمله، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه مال يجب بحلول الحول فاختلف باختلاف المال كالزكاة، ولا يلزم الفطرة لأنها تجب لغروب الشمس.

١٨٩٧ - مسألة: الغائب والحاضر في تحمل الدية سواء^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: لا يتحمل الغائب شيئاً، وعن الشافعي كالمذهبيين^(٥). دليلنا:

(١) جاء في الكافي: ١٢٧/٤: (ولا يجب على واحد من العاقلة ما يجحف به، ويشق عليه، وأنه حق لزمتهم من غير جنايتهم على سبيل المواساة، فلا يجب ما يضر بهم كالزكاة، لأنه وجب لتخفيف على الجاني، ولا يزال الضرر بالضرر، ويرجع إلي اجتهد أحاكم في قدر الواجب، فيفرض على كل واحد منهم قدراً سهلاً ولا يؤذي، لأن التقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولا توقيف هنا، فوجب المصير إلى الاجتهاد .. وعنه: أنه يفرض على الموسر نصف مثقال، وعلى المتوسط ربع مثقال، وهذا اختيار أبي بكر).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء: ١٢١/٣: (ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم، أو أربعة، في ثلاث سنين، فإن قلت العاقلة حتى صار كل واحد منهم أكثر من ذلك، يضم إليهم أقرب القبائل منهم، في النسب).

(٣) جاء في حلية العلماء: ١٠٩٤/٣: (فيجب على المتوسط من العاقلة ربع دينار، وعلى الغني نصف دينار، ومن أصحابنا من قال: يجب عليه ذلك القدر في ثلاث سنين).

(٤) جاء في المغني: ٤٢/١٢: (ويشترك في العقل الحاضر والغائب، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك: يختص به الحاضر، لأن التحمل بالنصرة، وإنما هي سبق الحاضرين .. ولنا: الخبر، وأنهم استوتوا في التعصيب والإرث).

(٥) جاء في المهذب: ١٧٦/٥: (وإن استوت جماعة في النسب، وبعضهم حضور، وبعضهم غيب، ففيه قولان، أحدهما: يقدم الحضور، لأنهم أقرب إلى النصرة. والثاني: يسوى بين الجميع، كما يسوى في الميراث).

أنه حق يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب كالميراث.

فصل: يترتب التحمل على ترتيب الإرث الأقرب فالأقرب، فإن لم يتسع الأقرب دخل الأبعد، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هما سواء. دليلنا: أنه متعلق بالتعصيب أشبه الولاية والإرث.

١٨٩٨ - مسألة: يعتبر ابتداء مدة الحول من حين الموت^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٢): من حين حكم الحاكم. دليلنا: أن من لزمه الدية بالقتل مؤجلاً صار كالمقر.

١٨٩٩ - مسألة: دية المرأة والذمي مؤجلة في ثلاث سنين^(٣)، وبه قال الشافعي في أحد قوليه^(٤)، وقال في الآخر: دية الذمي في سنة، والمرأة في سنتين، في الأولى: ثلثاها، وفي الثانية: ما بقي، وبه قال أبو حنيفة، ولا يتصور الخلاف معه في الذمي، لأن عنده ديته كالمسلم. دليلنا: أنها دية نفس مؤجلة فكانت في ثلاث سنين كدية الرجل.

(١) جاء في التوضيح: ١١٩٢/٣: (وابتداء الحول في القتل من الزهوق، وفي الجرح من البرء).
(٢) جاء في مختصر اختلاف العلماء: ١٠٠/٥: (وإن كان القاتل ليس من أهل الديوان، فرضت الدية على عاقلته الأقرب فالأقرب في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي، فيؤخذ في كل سنة ثلث الدية عند رأس كل حول).

(٣) جاء في الكافي: ١٢٢/٤: (وإن كان الواجب دية نفس ناقصة، كدية المرأة والذمي، ففيه وجهان، أحدهما: تقسم في ثلاث سنين، لأنه بدل نفس، أشبه الدية الكاملة. والثاني: يجب في العام الأول قدر ثلث الدية، وباقيها في العام الثاني، لأنها تنقص عن الدية أشبه دية اليد، ويعتبر ابتداء الحول في دية النفس من وقت الموت، لأنه حق مؤجل، فاعتبرت المدة من حين وجوده سبه كالدين).

(٤) جاء في المذهب: ١٦٧/٥: (وإن كان الواجب أقل من دية نظرت. فإن كان ثلث الدية، أو دونه لم نجب إلا في سنة، لأنه لا يجب على العاقلة شيء في أقل من سنة، فإن كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب في السنة الأولى الثلث، ووجب الباقي في السنة الثانية... وإن كان أكثر من الثلثين ولم يزد على دية، وجب السنة الأولى: الثلث، وفي الثانية: الثلث، وفي الثالثة: الباقي).

١٩٠٠ - مسألة: من مات من العاقلة بعد الحول لم يسقط ما لزمه من الدية، وبه قال الشافعي^(١) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه حق مال استقر عليه وجوبه في حال الحياة، أشبه الدين.

١٩٠١ - مسألة: المولى من أسفل لا يحمل من الدية شيئاً، ذكره أبو بكر في الشافعي^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأحد قولي الشافعي. دليلنا: أنه حكم تعلق بالولاء، فإذا ثبت للأعلى لم يثبت للأدنى كالميراث.

١٩٠٢ - مسألة: أهل الذمة يتعاقلون، وبه قال أكثرهم^(٣) خلافاً لأبي حنيفة، وقد أومئ أحمد إليهما. دليلنا: أنه حكم يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الذمي والمسلم كالميراث.

١٩٠٣ - مسألة: لا تحمل العاقلة اليسير من الدية^(٤)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي^(٥) في أحد قوليّه. دليلنا: أن العاقلة إنما تحمل تخفيفاً عن الجاني

(١) جاء في المغني: ٤٦/١٢: (ومن مات من العاقلة أو جن قبل الحول، لم يلزمه شيء، لا نعلم في هذا خلافاً، لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فأشبهه الزكاة، وإن وجد ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يسقط بالموت، لأنه خرج عن أمانة الوجوب).

(٢) قال ابن قدامة: (ولا يدخل في العقل من ليس بعصبة، ولا يعقل المولى من أسفل، وبه قال أبو حنيفة، وأصحاب مالك، وقال الشافعي في أحد قوليّه: يعقل، لأنهما تخرسان بعقل أحدهما صاحبه). انظر: المغني: ٤١/١٢.

(٣) جاء في معونة أولى النهى: ٣٢٠/٨: (ويتعاقل أهل الذمة اتحدت ملتهم على الأصح، لأن قرابتهم تقتضي التورث فاقتضى التعاقل).

(٤) جاء في الكافي: ١٢٧/٤: (ولا يجب على واحد من العاقلة ما يجحف به، ويشق عليه، ولأنه حق لزمهم من غير جنائهم على سبيل المواساة، فلا يجب ما يضر بهم كالزكاة، لأنه وجب للتخفيف على الجاني ولا يزال الضرر بالضرر).

(٥) جاء في حلية العلماء: ١٠٩٤/٣: (فيجب على المتوسط من العاقلة ربع دينار، وعلى الغني نصف دينار في كل سنة. ومن أصحابنا من قال: يجب عليه ذلك القدر في ثلاث سنين. وحكي عن مالك: أن ذلك لا يتقدر، وإنما يحمل كل واحد منهم بقدر ما يحتمله، ولا يضر به، وحكي ذلك عن أحمد).

حتى لا يجحف بماله، لأن الخطأ يكثر، وإذا كان كذلك فاليسير لا يجحف به وقد رناه بما دون الثلث، لأن النبي ﷺ قال : «الثلث. والثلث كثير»^(١).

فصل : واليسير ما دون الثلث، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة : هو ما دون الموضحة. دليلنا : أنه ينقص عن الثلث فلا يتحمل كما دون الموضحة.

١٩٠٤ - **مسألة :** إذا ماتت المرأة من الجناية وألقت جنيناً ميتاً ففيه الغرة^(٢)، وبه قال الشافعي، وقال أكثرهم : لا ضمان فيه^(٣) دليلنا : أنه لو انفصل حياً كان مضموناً، كذلك ميتاً، كما لو وضعت حال حياتها.

١٩٠٥ - **مسألة :** تجب الكفارة^(٤) في الجنين الميت^(٥)، وبه قال الشافعي خلافاً لأكثرهم^(٦) دليلنا : أنه آدمي مضمون بالدية، فجاز أن يضمن بالكفارة كالكبير، وكما لو وضعت حياً ثم مات.

فصل : فإن تحرك أو تنفس ففيه الدية كاملة، وبه قال أكثرهم، وقال مالك :

(١) أخرجه البخاري في صحيحه : ٢٠٧٤/٥، ومسلم في صحيحه : ١٢٥٢/٣.

(٢) جاء في المغني : ٦٣/١٢ : (ولو قتل حاملاً فألقت جنينها ميتاً، فيجب ضمانه، سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها، وبهذا قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة : إذا ألقته بعد موتها، لم يضمنه، لأنه يجري مجرى أعضائها، ويموتها سقط حكم أعضائها).

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء : ١٧٥/٥ : (ولو قتل الأم بالضربة ثم خرج الجنين بعد موتها، فعليه الدية في الأم، ولا شيء عليه في الجنين، والذكر والأنثى سواء إذا خرج ميتاً قبل موت الأم. وقال مالك : في الجنين غرة، عبد أو أمة، وقيمته : خمسون ديناراً، أو ستمائة درهم، وهي مورثة عن الجنين).

(٤) سميت بذلك من الكفر بفتح الكاف، أي أستر، لأنها تستر الذنب وتغطيه ... وأجمعوا على وجوبها في الجملة لقوله تعالى : ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾... وتلزم كاملة في مال قاتل لم يتعمد القتل).

(٥) جاء في شرح منتهى الإرادات : ٣٣١/٣ : (أو كان القتل جنيناً بأن ضرب بطن حامل فألقت جنيناً ميتاً، أو حياً ثم مات، لأنها نفس محرمة .. ولا كفارة بإلقاء مضغة لم تتصور).

(٦) جاء في مختصر اختلاف العلماء : ١٧٤/٥ : (قال أصحابنا في رجل ضرب بطن امرأة حرة، فألقت جنيناً ميتاً، فلا كفارة فيه وعليه الغرة، وإن وقع حياً ثم مات ففيه الكفارة والدية).

لا تجب الدية التامة إلا بالصياح. دليلنا: أن هذه الأشياء تدل على أن الجناية صادفت حياة، فهو كما لو استهل أو عطس أو بكى.

١٩٠٦ - مسألة: في جنين الأمة إذا كان مملوكاً عشر قيمة أمه^(١)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو حنيفة^(٢): في الذكر نصف عشر قيمته، وفي الأنثى العشر، فالكلام في فصلين أحدهما: في اعتباره لغيره، والثاني: أنه يستوي الحال فيه بين الذكر والأنثى. فالدلالة على هذا الفصل أولاً أنه جنين مات بالجناية، فاستوى فيه الذكر والأنثى كجنين الحرة، وذلك هو الأصل في ضمان الجنين، لأن الخبر فيه ورد. والدلالة على اعتباره لغيره أن الضمان على ضربين: ضمان نفس، وضمنان ما دون النفس، ثم ما دونها قد يعتبر بغيره وهو ما دون الموضحة وأطراف العبد يجب أن يكون في النفس كذلك، وليس هاهنا.

١٩٠٧ - مسألة: غرة الجنين تتحمل^(٣) في ثلاث سنين وهذا في الموضع الذي تتحمل وهو إذا قتل الأم والولد معاً، وقال أبو حنيفة: في سنة، وعن الشافعي كالْمذهبين. دليلنا: أنها دية نفس مؤجلة أشبه دية الرجل.

(١) جاء في المغني: ٦٩/١٢: (وجملته: أنه إذا كان جنين الأمة مملوكاً فسقط من الضربة ميتاً، ففيه عشر قيمة أمه، هذا قول الحسن، وقتادة، ومالك، والشافعي .. وقال زيد بن أسلم: يجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٨٢٩/١٠: (وإذا ثبت أن الجنين معتبر بنفسه، وأن الواجب فيه ضمان، فهذا الاعتبار يوجب أن يكون في جنين الأمة إذا كان رقيقاً، نصف عشر قيمته، إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى، لأن الواجب في الجنين الحر خمسمائة: ذكراً كان أو أنثى، وهي نصف عشر دية الذكر، وعشر دية الأنثى، والقيمة في الرقيق كالدية في الحر، فيلزم أن يكون في الجنين الرقيق نصف عشر قيمته إن كان ذكراً اعتباراً بالحر، وعشر قيمته إن كان أنثى اعتباراً بالحرة).

(٣) جاء في المغني: ٦٨/١٢: (وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه. نص عليه أحمد، إذا كانت الجناية عليهما خطأ أو شبه عمد).

١٩٠٨ - مسألة: إذا حفر بئراً في فناءه فما هلك فيها ضمنه^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً لمالك. دليلنا: أنه حفر في غير ملكه لا لمصلحة المسلمين، أشبه إذا حفرها في وسط الطريق.

١٩٠٩ - مسألة: إذا بسط في المسجد باريه، أو علق قنديلاً، أو حفر بئراً للمطر فما هلك بذلك فلا ضمان عليه^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وقال أبو حنيفة: عليه الضمان^(٤)، إذا لم يَأْذَن الجيران. دليلنا: أنه مصلحة ولكل واحد من المسلمين فعل ما فيه الصلاح أشبه إذا أذن الجوار، وإذا فعله في ملكه.

١٩١٠ - مسألة: إذا ترك في داره كلباً...^(٥)

١٩١١ - مسألة: لا قصاص في العظام الباطنة^(٦) وهي ماعدا الأسنان، وبه قال

(١) جاء في الكافي: ٦١/٤: (ومن حفر بئراً في طريق لنفسه، ضمن ما هلك بها، لأنه ليس له أن يختص بشيء من طريق المسلمين).

(٢) جاء في الكافي: ٦٢/٤: (وإن بنى مسجداً لا ضرر فيه، أو علق قنديلاً في مسجد، أو باباً أو فرش فيه حصيراً لم يضمن ما تلف به، لأن هذه من المصالح التي يشق إستئذان الإمام فيها).

(٣) جاء في حاشية العلماء: ١٠٧٣/٣: (فإن بنى مسجداً في طريق واسع لا يضر المارة بغير إذن الإمام، فنتي وجوب الضمان لم يتلف به وجهان. وإن علق قنديلاً في مسجد، أو فرش فيه حصيراً فتلف به إنسان، وذكر الشيخ أبو حامد: أنه يجري مجرى بناء المسجد، وخالفه سائر أصحابنا، وقالوا: لا يضمن. ذكره في الحاوي، وذكر أنه الصحيح).

(٤) جاء في تبين الحقائق: ١٤٦/٦: (قال - رحمه الله -: مسجد لعشيرة، فعلق رجل منهم قنديلاً، أو جعل فيه توارى، أو حصاة، فعطب بها رجل لم يضمن، وإن كان من غيرهم ضمن، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -، وقال: لا يضمن في الوجهين، لأن هذه قرية يثاب عليها الفاعل فصار كأهل المسجد، وكما لو كان يآذنه).

(٥) بياض في النسختين.

(٦) جاء في الممتع: ٢٠٣/٨: (من شروط وجوب القصاص: إستيفاء القصاص فيما دون النفس بلا حيف، وذلك بأن يكون القطع من مفصل أو ينتهي إلى حد... إذا علمت ذلك فلا قصاص في جائفة، وهي الجرح الواصل إلى باطن الجوف، ولا في كسر عظم غير سن ونحوه كالضرس).

أكثرهم، وقال مالك^(١) : تجب فيما ليست مجوفة كاليد والرجل، ولا تجب في المجوفة كالمأمومة، والجائفة، والمنقلة. دليلنا: أنه عظم باطن أشبه المجوفة وعكسه السن.

(١) جاء في المدونة: ٥٧١/٤: (لا قصاص في الفخذ في قول مالك.. وأما ما ذكرت من عظام الجسد كلها أن فيها قصاص فما أدري ما عظام الجسد كلها.. إنما قال مالك في كسر الذراعين. والعضوين والساقين والقدمين والكفين والأصابع، إذا كسرت، ففي كل هذا القصاص عند مالك.. وأما عظام الصلب فقد سمعت عن مالك أنه قال: الصلب مما لا يستطاع القصاص منه فأنا أرى ذلك).

كتاب القسامة^(١)

١٩١٢ - مسألة : يبتدأ بأيمان المدعين في القسامة، وبه قال أكثرهم^(٢)، وقال أبو حنيفة : بالمدعى عليهم^(٣) دليلنا: قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في القسامة»^(٤)، ورواه أيضاً: عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ، هكذا ذكره الدارقطني، وأيضاً فإن أبا حنيفة يستحلف المدعى عليهم ثم لا يسقط عنهم الدية، فنقول : هذه يمين لا يثبت مقتضاها أو لا يحكم بموجبها، فلا تسمع كاليمين قبل الدعوى.

فصل : إذا حلف الأولياء استحقوا القصاص، وبه قال مالك والشافعي في القديم، وقال في الجديد : لا يثبت القصاص وتجب دية، وبه قال أبو حنيفة وجه قولنا ماروى الدارقطني بإسناده: أن النبي ﷺ قال في قصة الأنصار: «يحلف خمسون منكم، ويستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم»^(٥)، وروى الأثرم بإسناده أن

(١) القسامة: بفتح القاف، هي اسم مصدر من أقسم إقساماً وقسامة.. قال الأزهرى : هم القوم يقسمون في دعواهم على رجل أنه قتل صاحبهم ... وقيل: هم إسم للأيمان .. وقال آخرون: اسم للحالفين.

وشرعاً: أيمان مكررة في دعوى قتل معصوم . أنظر شرح منتهى الإرادات: ٣٣٢/٣.

(٢) جاء في التوضيح: ١١٩٥/٣: (ويبدأ في القسامة بأيمان ذكور العصابة العدول أولاً نصاً، فيحلفون خمسين يمينا، ويختص بذلك الوارث، فيقسم بين الرجال على قدر إرثهم، فإن كان الوارث واحداً حلفها، وإن كانوا جماعة خمسين فأقل حلفوا، وإن كانوا أكثر من ذلك حلف خمسون، كل واحد يمينا في مجل أو مجالس).

(٣) جاء في مختصر الطحاوي: ٢٤٧: (قال أبو جعفر: وإذا وجد القتل في محل قوم فعليهم أن يقسم منهم خمسين رجلاً بالله عز وجل: ماقتلناه ولا علمنا قاتلاً، ثم يغرمون الدية).

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه: ١١٠/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٢٣/٨.

(٥) أخرجه الشافعي في مسنده: ص ١٥٣، وأحمد في مسنده: ٣/٤، والبيهقي في السنن الكبرى: ١٨٢/١٠.

النبي ﷺ : « أقاد بالقسامة في الطائفة^(١)، ولأن كل حجة يثبت بها قتل العمد المحض الموجب للقود جاز أن يستوفي بها كالشاهدين.

١٩١٣ - مسألة: إذا كان هناك لوث^(٢)، وجب القسامة^(٣)، وإن لم يكن بالمقتول أثر^(٤)، وبه قال أكثرهم، وقال أبو بكر من أصحابنا: لا تثبت القسامة إذا لم يكن هناك أثر، وحكاه عن أحمد، وبه قال أبو حنيفة^(٥) دليلنا: أن القتل قد يكون بلا أثر وهو أن يغطي الوجه، وتعصر الخصيتين، فلا يكون عدم الأثر دلالة على عدم القتل لا سيما والظاهر أن الموت لا يكون حتف أنفه بل سبب، فلهذا تثبت القسامة.

١٩١٤ - مسألة: إذا ردت اليمين على المدعى عليهم، فحلفوا لم تلزمهم الدية^(٦)،

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ١٢٧/٨.

(٢) اللوث: هو العداوة الظاهرة.

(٣) هذه المسألة مختلف فيها: هو هل يشترط للقسامة وجود أثر جنائية بالمجني عليه، أو وجود عداوة بينه وبين من وجد قتيلاً عندهم؟ فالبعض يشترط اللوث والبعض لا يشترط ذلك، قال أبو حنيفة: لا اعتبار للوث، ولا يحكم بقول المدعي، ويكون القول قول المدعى عليه، وقال مالك: لا يكون اللوث المحكوم فيه بالقسامة إلا من وجهين، إحداهما: أن يشهد به من لا تكمل به الشهادة، والثاني: أن يقول المقتول قبل فراقه للدنيا: دمي عند فلان، فيكون هذا لوث، دون ماعدهما. واشترط الحنابلة في القسامة: اللوث، لأن الحديث الدال على مشروعية القسامة، حديث حويصة ومحبيصة، واللوث موجود فيه، فوجب، أن لا يتعدى إلى من لا لوث فيه.

(٤) جاء في المغني: ١٩٧/١٢: (وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر، وبهذا قال مالك والشافعي وعن أحمد أنه شرط، وهذا قول حماد، وأبي حنيفة، والثوري، لأنه إذا لم يكن به أثر يحتمل أنه مات حتف أنفه.. ولنا أن النبي ﷺ: لم يسأل الأنصار هل كان بقتيلهم أثر أو لا؟ ولأن القتل يحصل بما لا أثر له كالخنق).

(٥) جاء في بدائع الصنائع: ٤٧٣٩/١٠: (وأما شرائط وجوب القسامة والدية فأأنواع، منها: أنه يكون الموجود قتيلاً، وهو أن يكون به أثر القتل من جراحة أو أثر ضرب أو خنق، فإن لم يكن شيء من ذلك، فلا قسامة فيه ولا دية).

(٦) جاء في الممتع: ٦٣٠/٨: (وفي لفظ قال: «فيحلفون خمسين يمينا، ويبرئون من دمه»، وعن الإمام أحمد: يحلفون ويغرمون الدية).

وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة وإحدى الروایتين. دليلنا: أن من صحت منه اليمين بريء من الحق كسائر المنكرين.

فصل: فإن نكلوا فعليهم الدية^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يحبسون حتى يحلفوا أو يقروا، وعن أحمد نحوه. دليلنا: أنه نكل عن يمين توجهت أشبه النكل في الأموال.

١٩١٥ - مسألة: إذا كانت الدعوة في القتل وقتلنا يستحلف المنكر، فإنه يحلف يميناً واحدة^(٢)، وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي في أحد قوليه: يحلف خمسين يميناً كما يحلف في القسامة. دليلنا: أنها يمين في جنبه المنكر ابتداءً فلا تتكرر، كاليمين في دعوى المال.

١٩١٦ - مسألة: لا تسمع الدعوى في القسامة إلا على معين^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: تسمع مع عدم التعيين ويستحلف خمسون من أهل المحلة. دليلنا: ما تقدم من حديث الأنصاري، وأن النبي ﷺ قال: «يحلف خمسون منكم على رجل بعينه فتستحقونه»^(٤)، ولأنه غير مدعى عليه، فلا يحلف كغير أهل المحلة.

(١) جاء في الممتع: ٦٣٠/٨: (فإن طلبوا أيمانهم فنكلوا لم يحبسوا، وهل تلزمهم الدية...؟ على روايتين).

(٢) جاء في الممتع: ٦٢٠/٥: (ومتى ادعى القتل مع عدم اللوث عمداً، فقال الخرقى: لا يحكم له بيمين أو لا غيرها، فلأنه من شروط القسامة المترتب عليها القتل أو الدية وجود اللوث وهو من منتف هنا، وعن أحمد: أنه يحلف يميناً وهي الأولى، لعموم قوله ﷺ: «ولكن اليمين على المدعى عليه»، وظاهر هذا أنها يمين واحدة، وذلك من وجهين:
أ - أنه وحد اليمين فتتصرف إلى واحدة.
ب - وأنه لم يفرق في اليمين المشروعة).

(٣) جاء في المغني: ١٩٠/١٢: (ولا تسمع الدعوى على غير المعين، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة، أو محلة أو واحد غير معين، أو جماعة منهم بغير أعيانهم، لم تسمع الدعوى، وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسمع، ويستحلف حمسون منهم).

(٤) سبق تخريجه في المسألة رقم (١٩١٢).

فصل : وليس للولي أن يحلف إلا على واحد وبه قال مالك، وقال أكثرهم :
يقسم على الجماعة، إلا أن أبا حنيفة يلزمهم الدية، والشافعي على القول الذي
يقول : يجب القصاص، خرج أصحابه قولين، أحدهما : يقتص منه، والآخر من
واحد يخرج بالقرعة، وعلى الباقيين الدية، وعلى القول الذي لا يوجب قصاصاً،
يقول كقولنا . دليلنا : ما تقدم من الخبر، وأنه قال : يحلف خمسون منكم على
رجل منهم، ولأن القياس كان يقتضي أن لا قصاص، لأنها يمين من المدعي
لكن تركناه في الواحد للأثر بقي ماعداه على ظاهر الأصل.

١٩١٧ - مسألة : اللوث الذي تثبت به القسامة العداوة الظاهرة^(١)، وقال
أبو حنيفة: هو الأثر^(٢)، وقال مالك^(٣) : هو أن يقول الرجل عند موته دمي عند
فلان، أو يشهد واحد بقتله، واختلفت الرواية عنه في صفة الشاهد، فروي عنه
لا تعتبر العدالة، وروي عنه يعتبر ذلك، وروي عنه تجزيء شهادة امرأة، وقال
الشافعي: اللوث وجود سبب يوجب غلبة الظن^(٤)، أن الأمر كما يقول المدعي
نحو أن يشهد رجل عدل أو جماعة غير عدول، أو يقول المقتول دمي عند فلان،
أو يفرق جماعة عن مقتول وبينه وبينهم عداوة ظاهرة وليس معهم غيرهم، أو

(١) جاء في الممتع: ٦١٩/٥ : (أما كون اللوث هو العداوة الظاهرة بين المقتول والمدعي عليه
القتل، كما بين الأنصار، ويهود خيبر، وبين القبائل والأحياء، وأهل القرى الذين بينهم الدماء
والحروب، وما بين أهل البغي والعدل، وما بين الشرطة والنصوص).

(٢) جاء في بدائع الصنائع: ٤٧٣٦/١٠ : (وتفسير اللوث عنده: أن يكون هناك علامة القتل في
واحد بعينه، أو أن يكون هناك عداوة ظاهرة).

(٣) جاء في بداية المجتهد: ٢٦٨/٤ : (وانفرد مالك، والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين
بالقسامة، فجعلوا: قول المقتول، فلان قتلني، لوثاً يوجب القسامة).

(٤) جاء في الحاوي للماوردي: ٢٤٦/١٦ : (فالمعتبر في اللوث شرطان:
أحدهما: أن تكون القرية التي وجد القتيل فيها مختصة بأهلها، لا يشركهم فيها غيرهم
كاختصاص اليهود بخيبر.

والثاني: أن يكون بين أهل القرية وبين القتيل عداوة ظاهرة، إما في دين أو نسب).

يدخل جماعة دار ثم يتفرقون عن قتيل، أو يوجد قتيل في صحراء، وإلى قربهِ رجل بيده سيف مخضب بالدم. فالدلالة على أنه إذا لم يكن عدواة، لم يكن قسامة أنه لم توجد العدواة الظاهرة، أشبه إذا لم يكن هناك سبب يورث تهمة.

١٩١٨ - مسألة: لا قسامة فيما دون النفس^(١)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي في أحد قوليه.^(٢) دليلنا: أن ما لا يجب بإتلافه كفارة بحال لا يقسم عليه كالبهيمة.

١٩١٩ - مسألة: تثبت القسامة في العبد، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لمالك وأحد قولي الشافعي. دليلنا: أنه يجب بقتله كفارة فهو كالحر.

١٩٢٠ - مسألة: إذا كان الأولياء في القسامة جماعة قسمت الأيمان عليهم بالحساب^(٣)، وبه قال مالك، وقال الشافعي في أحد قوليه: يحلف كل واحد

(١) جاء في المغني: ٢١٧/١٢: (ولا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجراح، ولا أعلم في هذا خلافاً بين العلماء، وممن قال: لا قسامة في ذلك: مالك، وأبو حنيفة، والشافعي، وذلك لأن القسامة تثبت في النفس لحرمتها، فاختصت بها دون الأطراف كالكفارة، ولأنها تثبت حيث كان المجني عليه لا يمكنه التعبير نفسه وتعيين قاتله).

(٢) جاء في الحاوي: ٢٦٢/١٦: (قال الشافعي - رحمه الله -: ولا تجب القسامة في دون النفس). قال الماوردي: وهذا صحيح، وإنما لم تجب فيها دون النفس قسامة، سواء كان فيما دون النفس دية كاملة كاللسان والذكر، أو كان دونهما لأمرين: أحدهما: لتغليظ حرمة النفس على ما دونها، ولذلك تغلظ بالكفارة، فتغلظت بالقسامة.

والثاني: أن القسامة وجبت للورثة لقصورهم عن معرفة القاتل، وتعذر البينة عليهم فحكم لهم بالقسامة مع اللوث احتياطاً للدماء، وفيما دون النفس يعرف المجني عليه من جنى عليه ويقدر على إقامة البينة عليه، فلم يحكم له بالقسامة لاستغنائه في الغالب عنها).

(٣) جاء في المغني: ٢١٠/١٢: ومابعداها: (والرواية الثانية: أن الأيمان لا تقسم إلا على الورثة، وتفرض على ورثة المقتول دون غيرهم على حسب موارثهم، هذا ظاهر قول الخرقى واختيار ابن حامد، وقول الشافعي، لأنها يمين في دعوى حق، فلا تشرع في حق غير المتداعيين، كسائر الأيمان، فعلى هذه الرواية، تقسم بين الورثة من الرجال من ذوي الفروض والعصبات على قدر إرثهم).

خمسین یمیناً. دلیلنا: ما تقدم من قوله : يحلف خمسون منكم خمسین یمیناً، ولأن كل حجة تثبت بها دعوى الواحد تثبت بها دعوى الجماعة كالشاهدين.

١٩٢١ - مسألة: تسمع الأيمان في القسامة من الوارث وغير الوارث من العصبات^(١)، وبه قال مالك، وقال الشافعي: يختص الوارث بذلك. دلیلنا: ماتقدم من قصة الأنصاري، ولم يكن له وارث إلا الأخ وقد قال: يحلف خمسون منكم، ولأن كل من يحمل الدية أقسم كالوارث .

١٩٢٢ - مسألة: لا تسمع أيمان النساء في القسامة^(٢) خلافاً لأكثرهم، إلا أن مالكا وافقنا في قتل العمد المحض. دلیلنا: ماتقدم، وأن النبي ﷺ خص الرجال بقوله : «خمسون رجلاً منكم»، ولأنها حجة يثبت بها دعوى العمد المحض أشبه الشهادة، وعلى مالك في دعوى العمد المحض.

(١) جاء في المستوعب: ٧٨/٣: (ولا مدخل للنساء، ولا للصبيان في أيمان القسامة، سواء كان القتل عمداً أم خطئاً، وإنما يحلف الوارثون من العصبه .. وعنه يحلف الوارث وغير الوارث من العصبه، فيحلفون خمسون منهم خمسین یمیناً كل واحد منهم یمیناً واحداً).

(٢) جاء في المغني: ٢٠٨/١٢: (قال: والنساء والصبيان لا يقسمون .. يعني إذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا ... أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون، سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم، لأن الأيمان حجة للحالف، والصبي لا يثبت بقوله حجة، ولو أقر على نفسه لم يقبل، فلأن لا يقبل في حقه غير ولي).
وأما النساء: فإن كن من أهل القتل لم يستحلفن، وبهذا قال ربيعة، والثوري، والليث، والأوزاعي، وقال مالك: لهن مدخل في قسامة الخطأ دون العمد ... أما إذا كانت المرأة المدعى عليها القتل، فإن قلنا يقسم من العصبه رجال، لم تقسم المرأة أيضاً، وإن قلنا يقسم المدعى عليه: فينبغي أن تستحلف).

كتاب كفارة القتل

١٩٢٣ - مسألة : لا تجب الكفارة بقتل العمد^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، وهو اختيار أبي بكر، وفيه رواية أخرى : أنها تجب، وهي اختيار الخرقي، وبه قال الشافعي^(٣) وجه الأولى : أنه حق مال فلا يجتمع معه القود كالدية، ولأنه إتلاف رقبة فلا يجب به إتلاف رقتين كقتل الخطأ.

١٩٢٤ - مسألة : لا مدخل للإطعام في كفارة القتل^(٤)، وبه قال أبو حنيفة، وفيه رواية أخرى : للإطعام مدخل فيه، وعن الشافعي كالمذهبين.^(٥) دليلنا : أن الإطعام لا نحتم به في كفارة اليمين، فلا يكون بدلاً في كفارة القتل كالكسوة،

(١) جاء في الكافي : ١٤٤/٤ : (ولا تجب الكفارة بالعمد المحض، سواء أوجب القصاص، أو لم يوجبه لقوله تعالى : ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾، فتخصيصه بها يدل على نفيها في غيره، ولأنها لو وجبت في العمد، لمحت عقوبته في الآخرة لأنها شرعت لستر الذنب، وعقوبة القتل العمد ثابتة بالنص لا تمنحى بها، فوجب ألا تجب الكفارة فيه .. وعنه : تجب، لأنها إذا وجبت في الخطأ مع قلة إثمه ففي العمد أولى).

(٢) جاء في بدائع الصنائع : ٤٦٥٧/١٠ : (وأما الكفارة فلا تجب عندنا، وعند الشافعي - رحمه الله : تجب).

(٣) جاء في حلية العلماء : ١٠٩٨/٣ : (إذا قتل من يحرم قتله من حر أو عبد مسلم أو كافر له أمان خطأ، وجبت عليه الكفارة به .. وقال أبو حنيفة ومالك : لا كفارة عليه في قتل العمد).

(٤) جاء في الكافي : ١٤٥/٤ : (والكفارة تحرير رقبة مؤمنة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين للآية، فإن لم يستطع، ففيه روايتان .. إحداهما : يلزمه إطعام ستين مسكيناً، لأنها كفارة فيها العتق وصيام شهرين، فوجب فيها إطعام ستين مسكيناً إذا عجز عنها، ككفارة الظهار، والجماع في رمضان ... وللأخرى : لا يجب فيها الإطعام، لأن الله تعالى لم يذكره، وصفة الرقبة والصيام والإطعام كصفة الواجب في كفارة الظهار على ما ذكر فيه).

(٥) جاء في حلية العلماء : ١٠٩٨/٣ : (والكفارة عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع، ففيه قولان : أحدهما : أنه يجب عليه إطعام ستين مسكيناً، والثاني : لا يجب).

وعكسه الصيام، لما حتم به في كفارة اليمين كان بدلاً في كفارة القتل، ولا يصح أن يكون الحكم فلا يكون له مدخلاً في كفارة القتل، لأنه يبطل بالرقبة.

١٩٢٥ - مسألة: تجب كفارة القتل على الصبي والمجنون والكافر^(١)، وبه قال أكثرهم^(٢)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه حق يجب بالقتل أشبه الدية، ولأنه حق مال يجب بسبب يشترك فيه الصغير والكبير، فهو ككفارة الصيد.

١٩٢٦ - مسألة: تجب الكفارة بالقتل بالسبب كحفر البئر، ونصب السكين ووضع الحجر في الطريق، وبه قال أكثرهم^(٣)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنها كفارة تجب بالمباشرة فوجبت بالسبب ككفارة الصيد، ولأنه أحد نوعي ماتضمن به النفس فجاز أن تتعلق به الكفارة كالمباشرة.

١٩٢٧ - مسألة: تجب الكفارة بقتل العبد والكافر، وبه قال أكثرهم^(٤) خلافاً لمالك. دليلنا: قوله تعالى: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحريروا رقبة مؤمنة﴾^(٥)، ولأنه يجب القصاص بقتله أشبه الحر المسلم.

١٩٢٨ - مسألة: إذا ضرب ملفوفاً في كيس فقطعه، وقال كان ميتاً فأنكره

(١) جاء في شرح منتهى الإرادات: ٣/٣٣٠: (ولتزم الكفارة كاملة في مال قاتل لم يتعمد القتل بأن قتل خطأ أو شبه عمد للآية، والحق بالخطأ شبه العمد، لأنه في معناه بخلاف العمد المحض، ولا كان القاتل كفاراً، أو صغيراً زو مجنوناً، لأنها حق مالي يتعلق بالفعل أشبهت الدية، وأيضاً هي عبادة مالية أشبهت الركاة).

(٢) جاء في حلية العلماء: ١٠٩٨/٣: (وتجب الكفارة بقتل الصبي والمجنون .. وقال أبو حنيفة: لا تجب عليهما الكفارة ... وتجب على الكافر والكفارة بالقتل، وقال أبو حنيفة: لا تجب عليه الكفارة).

(٣) جاء في حلية العلماء: ١٠٩٨/٣: (وإذا توصل إلى قتله بسبب يضمن به النفس كحفر البئر والإكراه وشهادة الزور وجبت كفارة .. وقال أبو حنيفة: لا تجب الكفارة بحفر البئر ..)

(٤) تراجع المسألة رقم (١٩٢٥) وهوامشها.

(٥) سورة النساء: الآية رقم: ٩٢.

الولي^(١)، فقال أبو بكر في كتاب الخلاف: القول قول الولي، وقال أبو حنيفة: قول الجاني، وعن الشافعي^(٢) كالمذهبيين. دليلنا: أن الأصل بقاء حياته، وأنه مضمون عليه بجنايته، والجاني يدعي طءان ما لم يثبت فلا يقبل كما لو قتل مسلماً وادعى أنه كان قد ارتد.

١٩٣٠ - مسألة: فيمن يتعلم السحر ويستعمله يكفر، ولا تقبل توبته^(٣)، ويقتل حداً^(٤) وفيه رواية أخرى: أنه تقبل توبته كالمرتد، وقال الشافعي: لا يكفر^(٥)، وإن قال سحري يقتل، وقد قتلت به قتل قصاصاً، وجه الأولى وهو قول أكثرهم: قوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُوا الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مَلِكٍ سَلِيمٍ﴾^(٦)، وهذا يدل على

(١) جاء في الكافي: ١٣٧/٤: (وإن قدم ملفوفاً في كساء، فادعي أنه كان ميتاً، فالقول قول الولي، لأنه الأصل حياته، وكونه مضموناً فأشبهه ما ذكرنا).

(٢) جاء في المهذب: ١٧٩/٥: (إذا قدم رجلاً ملفوفاً في كساء... ثم ادعى أنه قدم وهو ميت، وقال الولي: بل كان حياً، ففيه قولان:

أحدهما: إن القول قول الجاني، لأن ما يدعيه محتمل، والأصل براءة ذمته. الثاني: أن القول قول الولي، لأن الأصل حياته، وكونه مضموناً، فصار كما لو قتل مسلماً، وادعى أنه كان مرتداً...

ولقد رجح السيوطي القول الثاني، لأن الأصل بقاء الحياة) أنظر: الأشباه والنظائر ص ٧١.

(٣) جاء في المغني: ٣٠٣/١٢: (وهل يستتاب الساحر؟ فيه روايتان:

إحدهما: لا يستتاب، وهو ظاهر ما نقل عن الصحابة، فإنه لم ينقل عن واحد منهم أنه استتاب ساحراً، وفي الحديث الذي رواه هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أن الساحرة سألت أصحاب النبي ﷺ، وهم متوافرون، هل لها من توبة؟ فما أفتاها أحد، ولأن السحر معنى في قلبه لا يزول بالتوبة، فأشبهه من لم يتب.

والثانية: يستتاب، فإن تاب قبلت توبته، لأنه ليس بأعظم من الشرك، والمشرك يستتاب، ومعرفته لو كان كافراً، فأسلم صح إسلامه وتوبته...).

(٤) جاء في نفس المرجع: ٣٠٢: (وحد الساحر القتل).

(٥) جاء في حلية الفقهاء: ١١٠٣/٣: (وتعلم السحر وتعليمه حرام، فإن تعلمه أو علمه، ولم يعتقد إباحته لم يكفر، ولم يحل قتله، وحكى في الحاوي عن أبي حنيفة، ومالك، أنه يكفر بذلك، ويجب قتله، ولانقبل توبته كالزنديق... وحكى عن أحمد، وإسحاق، أنه لا يكفر، ولكن يجب قتله).

(٦) سورة البقرة: الآية رقم: ١٠٢.

كتاب كفارة القتل

الكفر من وجهين، أحدهما: قوله: ﴿ولكن الشياطين كفروا يعلمون الناس السحر﴾^(١)، وتقديره بتعلمهم السحر، والثاني: قوله تعالى: ﴿وما يعلمان من أحد حتى يقولوا إنما نحن فتننة فلا تكفر﴾^(٢)، والدلالة على أنه يقتل حداً ما روى الدارقطني بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال: «حد الساحر ضربة بالسيف»^(٣)، والدلالة على أنه لا تقبل توبته، أنه ساعي في الأرض بالفساد، ويد الإمام عليه ثابتة، فلا تقبل توبته كالمحارب.

(١) سورة البقرة: الآية رقم: ١٠٢.

(٢) سورة البقرة: الآية رقم: ١٠٢.

(٣) أخرجه الترمذي، في باب ماجاء في حد الساحر من أبواب الحدود، عارضة الأحودي: ٢٤٦/٦، والدارقطني في سننه: ١١٤/٣، والبيهقي في تكفير الساحر وقتله، السنن الكبرى: ١٣٦/٨، والحاكم في المستدرک: ٣٦٠/٤، باب حد الساحر ضربه بالسيف.

كتاب قتال أهل البغي^(١)

١٩٣١ - مسألة : ما يتلفه أهل البغي من مال ونفس وغيره لا يضمنونه^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً للشافعي في القديم^(٣) دليلنا : ما روى الخلال بإسناده عن الزهري قال : «ثارت الفتنة وأصحاب رسول الله متوافرون فأجمع رأيهم أن من أصاب دماً أو فرجاً أو مالاً بتأويل القرآن فلا ضمان عليه»^(٤)، ولأنه إتلاف من طائفة ممتنعة بتأويل سائغ أشبه إتلاف أهل العدل، يؤكد هذا أنهم يجرون مجراهم في الاعتداد بما يأخذون من زكاة وجزية، ولا تنقض أحكامهم وتقبل شهادتهم، وقولنا ممتنعة احتراز من غير الممتنعة، إنه يلزمهم الضمان على الصحيح من المذهب، وتأويل سائغ احتراز من المرتد.

(١) البغي : التعدي : وكل مجاوزة وإفراط عن المقدار الذي هو حد الشيء، فهو بغي، والبغي : الظلم والفجور.

(٢) جاء في الكافي : ١٥١/٤ : (ومن أتلّف من الفريقين على الآخر مالاً أو نفساً، في غير القتال، ضمنه، لأنّ تحريم ذلك كتحريمه قبل البغي، فكان ضمانه كضمانه قبل البغي .. وما أتلّف أحدهما على الآخر حال الحرب بحكم القتال من نفس أو مال لم يضمنه، لما روى الزهري، قال : كانت الفتنة العظمى، وفيهم البديريون، وأجمعوا على أن لا يجب الحد على رجل ارتكب فرجاً حراماً بتأويل القرآن، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن، ولا يغرم مالاً أتلّفه بتأويل القرآن).

(٣) جاء في المهذب : ١٩٩/٥ : (وإن أتلّف أهل العدل على أصل البغي نفساً أو مالاً عن حال الحرب بحكم القتال، لم يجب عليه الضمان، لأنه مأمور بإتلافه، فلا يلزمه ضمانه .. وإن أتلّف أهل البغي على أهل العدل ففيه قولان .. أحدهما : يجب عليه الضمان، لأنه أتلّف عليه بعدوان، فوجب عليه الضمان كما لو أتلّف عليه في غير قتال .. والثاني : لا يجب عليه الضمان وهو الصحيح).

(٤) أخرجه البيهقي في سننه : ١٧٤/٨.

كتاب قتال أهل البغي

١٩٣٢ - مسألة : لا يجوز للإمام أن يستعين بالكفار على البغاة^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أن القصد تفريق كلمتهم وتبديد شملهم، وليس القصد النكاية فيهم وقتلهم، ولهذا لا يتبع مدبرهم ولا يجاز على جريحهم وإذا كان كذلك فإذا استعان بمن يرى قتلهم خرج عن حده.

١٩٣٣ - مسألة : لا يستعان على البغاة بكراعمهم^(٣) وسلاحهم^(٤)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : يجوز^(٥)، فإذا انقضت الحرب رد عليهم. دليلنا: أنه لا يستمتع بما عدا السلاح أشبه أهل العدل.

١٩٣٤ - مسألة : لا يجوز إتباع المنهزم من البغاة، ولا يجاز على جريحهم^(٦)، وهو اختيار الخرقى، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : إذا كان لهم فئة يرجعون إليها جاز ذلك.^(٧) دليلنا: ما روي عن ابن مسعود أنه قال : قال رسول الله ﷺ : « يا ابن أم عبد ما حكم من بغى من أمتي ، قال : قلت : الله ورسوله أعلم. قال : « لا يتبع مدبرهم ، ولا يجاز على جريحهم ، ولا يقتل أسيرهم ،

(١) جاء في المعني: ٢٤٧/١٢: (ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين، وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي: لا بأس أن يستعين عليهم بأهل الذمة).

(٢) جاء في المذهب: ١٩٨/٥: (ولا يستعين في قتالهم بالكفار ولا بمن يرى قتلهم ..).

(٣) جاء في الكافي: ١٥٠/٤: (ولا يجوز الاستعانة بكراعمهم وسلاحهم من غير ضرورة لذلك، فإن دعت إليه ضرورة جاز، كما يجوز أكل مال الغير في المخمصة).

(٤) الكراع: الخيل.

(٥) جاء في تبیین الحقائق: ٢٩٥/٣: (قال - رحمه الله - : إن إحتاج .. قاتل بسلاحهم وخيلهم، وقال الشافعي: لا يقاتل به ، لأنه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه ، ولنا أن علياً - رضي الله عنه - قسم سلاحهم بالبصرة بين الصحابة، وكانت قسمته للحاجة لا للتملك).

(٦) جاء في الكافي: ١٤٨/٤: (وإذا قوتلوا لم يتبع لهم مدبر، ولا يجهز لهم على جريح، ولم يقتل لهم أسير، ولم يغن لهم مال، ولم يسب لهم ذرية).

(٧) جاء في تبیین الحقائق: ٢٩٥/٣: (ولو لهم فئة أجهز على جريحهم، واتبع مولاهم، لأنه المقصود من قتالهم دفع شرهم).

ولا يقسم فيؤهم»^(١)، لأن الهزيمة والهرب متيقن، والعود مظنون، فيجب التمسك باليقين ونطرح المشكوك فيه.

١٩٣٥ - مسألة: تنفذ قضايا أهل البغي^(٢)، وبه قال الشافعي^(٣)، وحكاه الخصاف عن أصحابه، وقال أبو يوسف وزفر: لا تنفذ قضاياهم. دليلنا: أنهم أجروا مجرى أهل العدل فيما يأخذونه من زكاة، وخراج، كذلك يجب أن نجزيهم في القضاء.

- (١) رواه البيهقي: ١٨٢/٨، والحاكم: ١٥٥/٢. قال البيهقي: ضعيف، وقال ابن عدي: هذا حديث غير محفوظ، وقال الحافظ ابن حجر: فيه متروك. انظر: التلخيص الحبير: ٤٣/٤.
- (٢) جاء في المغني: ٢٥٩/١٢: (ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ما ينقض من حكم غيره.. يعني إذا نصب أهل البغي قاضياً يصلح للقضاء فحكمه حكم قاضي أهل العدل، ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام قاضي العدل، ويرد منه ما يرد).
- (٣) قال صاحب حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء: ١١٠٠/٣: (فإن ولي أهل البغي قاضياً، فإن كان ممن يستبج دماء أهل العدل وأموالهم، لم ينفذ حكمه... وإن كان ممن لا يستبج دماءهم وأموالهم نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضي أهل العدل.. وقال أبو حنيفة: إذا كان القاضي من أهل البغي لم ينفذ حكمه).

كتاب المرتد^(١)

١٩٣٦ - مسألة: ردة المرأة توجب القتل^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: قوله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»^(٣)، ولفظة من تنتظم الذكر والأنثى، ولأنه كفر بعد إيمان أشبه كفر الرجل، ولأنها تقتل بالزنا بعد الإحصان أشبه ما ذكرناه، ولأنه كفر يسقط الضمان، أشبه ما ذكرنا.

١٩٣٧ - مسألة: استتابة المرتد واجبة^(٤)، وبه قال مالك خلافاً

(١) الارتداد: هو الرجوع عن الدين، والإسم: الردة، ورد عن الشيء رجوع عنه وشرعاً: هي قطع الإسلام بالقول أو بالفعل.. وقال ابن قدامة: هي الرجوع عن الإسلام إلى الكفر.

(٢) هذه المسألة حدث فيها خلاف بين الفقهاء، ويمكن إيجاز ذلك في قولين: القول الأول: أن المرأة إذا ارتدت عن الإسلام لا تقتل، ولكنها تحبس، وتجبر على الإسلام، وتضرب في كل ثلاث أيام إلى أن تسلم.. ذهب إلى ذلك الأحناف، وقد استدلوا على مذهبه بما روي عن النبي ﷺ أنه لما دخل مكة يوم الفتح، فرأى امرأة مقتولة، فقال: هذه ما كانت لتقاتل، فأدرك خالداً فقل له: «ولا تقتلن ذرية ولا عسيفا».

وجاء في تحفة الفقهاء: ٣٠٩/٣: (فأما المرأة فلا تقتل عندنا، خلافاً للشافعي، ولكنها تحبس، وتجبر على الإسلام، وتضرب في كل ثلاثة أيام إلى أن تسلم).

القول الثاني: أن المرأة إذا ارتدت عن الإسلام تقتل، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، لقول رسول الله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»، فأوجب القتل بتبديل الدين، لوم يفرق بين الرجل والمرأة.. وقد جاء في المغني: ٢٦٤/١٢: (ولا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل). وجاء في المذهب: ٢٠٨/٥: (فإن ارتدت المرأة وجب قتلها، لما روى جابر - رضي الله عنه - أن امرأة يقال لها أم رومان، ارتدت عن الإسلام، فبلغ أمرها النبي ﷺ، فأمر أن تستتاب، فإن تاب، وإلا قتل). أخرجه البيهقي من وجه ضعيف، انظر سنن البيهقي: ٢٠٣/٨، والصواب أم مروان.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه: ١٠٩٨/٣، وأبو داود في سننه: ١٢٦/٤، والترمذي في جامعه: ٥٩/٤، والنسائي في المجتبى من السنن: ١٠٥/٧.

(٤) جاء في المغني: ٢٦٦/١٢: (أنه لا يقتل حتى يستتاب ثلاثاً، هذا قول أكثر أهل العلم، منهم: عمر، وعلي، وعطاء، والنخعي، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب أهل الرأي، وهو أحد قولي الشافعي، وروي عن أحمد رواية أخرى: أنه لا تجب استتابته، ولكن تستحب، وهذا القول الثاني للشافعي).

لأبي حنيفة^(١) [.....]^(٢)، وعن الشافعي^(٣) كالمذهبيين. دليلنا: ما روى جابر بن عبد الله: «أن امرأة يقال لها أم مروان إرتدت عن الإسلام، فأمر النبي ﷺ أن يعرض عليها الإسلام، فإن رجعت وإلا قتلت»^(٤)، ولأن الظاهر أن شبهة عرضت له فوجب أن ينتظر وتستتاب لعله يرجع ويجري مجرى من لم تبلغه الدعوى، فإنه لا يقتل حتى يعرض عليه الإسلام.

فصل: إذا ثبت الاستتابة فإنه يؤجل بعدها ثلاثاً، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: يؤجل ثلاثاً إن طلب ذلك، ومن أصحابه من قال: هو على طريق الاستتباب، وعن الشافعي^(٥) قولان: أحدهما: يؤجل، والآخر: لا يؤجل بحال. دليلنا: ما روي عن عمر، وعلي، وابن عمر، وأبي موسى الأشعري: أنهم أمروا بالتأجيل، واستعملوه مع اختلافهم في المقدار، ولأنه مرتد تصح استتابته فلا يقتل قبل الثلاث كالمتردة، وكما لو طلب المرتد ذلك.

١٩٣٨ - مسألة: لا تقبل توبة الزنديق^(٦)، وهو الذي يظهر الإسلام ويبطن الكفر،

(١) جاء في تبين الحقائق: ٢٨٤/٣: (يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته، ويحبس ثلاثة أيام، فإن أسلم وإلا قتل، وعرض الإسلام مستحب على مآلوا وليس بواجب، لأن الدعوة بلغت).

(٢) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

(٣) جاء في المذهب: ٢٠٨/٥: (وهل يجب أن يستتاب أو يستحب...؟ فيه قولان، أحدهما: لا يجب، لأنه لو قتل قبل الإستتابة لم يضمه القاتل .. والثاني: أنه يجب).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: ٢٠٣/٨، والدارقطني في سننه: ١١٨/٣.

(٥) جاء في حلية العلماء: ١١٠١/٣: (وفي مدة الاستتابة قولان: أحدهما: أنه يستتاب في الحال، والثاني: أنه يستتاب ثلاثة أيام، وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: يستتاب شهراً .. وقال الثوري: يستتاب ما رجي عودته).

(٦) جاء في المغني: ٢٦٩/١٢: (إن مفهوم كلام الخرقى، أنه إذا تاب قبلت توبته، ولم يقتل. أي كفر كان، سواء كان زنديقاً، يستتر بالكفر، أو لم يكن، وهو مذهب الشافعي، وروي ذلك عن علي وابن مسعود، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أبي بكر الخلال .. والرواية الأخرى: لا تقبل توبة الزنديق).

وهو اختيار أبي بكر، وبه قال مالك، وفيه رواية أخرى : تقبل، وبه قال الشافعي^(١)، وعن أبي حنيفة كالمذهبيين . دليلنا : ما روي عن النبي ﷺ : « أنه لما بلغه أن كعب بن الأشرف دخل مكة ورثا قتلَى المشركين، وكان قد أظهر الإسلام أنفذ إليه محمد بن مسلمة وجماعة فقتلوه غيلة »^(٢)، وأيضاً فإن من عادة الزنديق أن يظهر الإسلام ويبطن سواه، ويدعو إليه سراً، ويسعى في الأرض بالفساد في الدين فلا تقبل توبته، لأنه لا سبيل إلى معرفة توبته، وفارق هذا المرتد لأنه لا يكتف في العادة، فبالإسلام يوجد منه علامة الإسلام باطناً.

- ١٩٣٩ - مسألة : إذا لحق المرتد بدار الحرب لم يقسم ماله ولا تعتق أم أولاده ومديره^(٣)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بلحوقه ثبتت هذه الأحكام. دليلنا : أنه مرتد لو عاد إلى الإسلام كان أحق بماله أشبه إذا كان في دار الإسلام، أو نقول مرتد يرجى عودته إلى الإسلام أشبه ما ذكرنا.
- ١٩٤٠ - مسألة : يسترق أولاد المرتد الذين حدثوا في رده^(٤)، وهو اختيار

(١) جاء في حلية العلماء : ١١٠١/٣ : (وإذا تاب المرتد قبلت توبته، سواء كان كفره بما يتظاهر به أهله، أو بما يستتر به أهله، كالزنديق، والتعطيل ... وقال أحمد، ومالك، وإسحاق : لا تقبل توبة الزنديق).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه : ١٤٨١/٤، ومسلم في صحيحه : ١٤٢٥/٣، وأبو داود في سننه : ٨٧/٣، والحاكم في المستدرک : ٤٩٢/٣.

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات : ٣٩٣/٣ : (وإن لحق مرتد بدار الحرب فهو وما معه من ماله كحربي يباح لمن قدر عليه قتله، وأخذ ما معه، دفعاً لفساده، ولزوال العاصم للمالك وهو دار الإسلام، وأما بدارنا من مال فهو فيء من حين موته، ومادام حياً فملكه عليه باق، لأن حل دمه لا يوجب تورث ماله).

(٤) جاء في الكافي : ١٦٣/٤ : (ولا يجوز إسرتقاق المرتد، لأنه لا يجوز إقراره على رده، وإن إرتد وله ولد، لم يجز إسرتقاق ولده، لأنه محكوم بإسلامه بإسلام والده، فإذا بلغ، استتيب ثلاثاً، فإن تاب والإ فتل .. وإن ولد للمرتد ولد بعد رده من كافرة جاز استرقاقه لأنه كافر ولد بين كافرين، فجاز استرقاقه كولد الحربيين، ونقل الفضل بن زياد عن أحمد في المرتد إذا تزوج في دار الحرب، وولد له، ما يصنع بولده؟ قال : يردون إلى الإسلام ويكونون عبيداً للمسلمين).

الخرقي، وأبي بكر، وقال أبو حنيفة : إذا كان ذلك في دار الإسلام لم يجز، وإن كان في دار الحرب جاز، وعن الشافعي قولان، أحدهما: كقولنا. والثاني : لا يسترقون بحال. دليلنا: أنه كافر ولد من كافرين أشبه ولد الحربي، وإذا كان في دار الحرب.

١٩٤١ - مسألة : إذا كانت المرتدة في دار الحرب لم يجز استرقاقها، وبه قال الشافعي^(١)، خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه كفر بعد إيمان، أشبه كفر الرجل، وكما لو لم يلحق بدار الحرب.

١٩٤٢ - مسألة : الردة لا تبطل إحصان الرجم^(٢)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة ، وعنده لا رجم إذا زنى، عاد إلى الإسلام أو لم يعد حتى يستأنف إحصاناً. دليلنا: أنه أحد الإحصانين أشبه إحصان القذف.

١٩٤٣ - مسألة : إذا وجب الحد في الإسلام ثم كفر ولحق بدار الحرب^(٣)، لم يسقط الحد، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة فعنده إذا عاد إلى الإسلام لا يستوفى منه. دليلنا: أنه حد وجب في الإسلام فلا يسقط بلحقه إلى دار الحرب كالمسلم إذا دخل بأمان.

(١) جاء في الممتع: ٧٩٠/٥: (وإذا ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب، ثم قدر عليهما لم يجز إسترقاقهما ولا استرقاق أولادهما الذين ولدوا في الإسلام.. أما كون الزوجين المذكورين لا يجوز استرقاقهما فلأن لحاقهما بدار الحرب لا يخرجهما عن كونهما مرتدين ، والمرتد لا يجوز استرقاقه بل يجب قتله).

(٢) جاء في المغني: ٣١٩/١٢: (ولو ارتد المحصن، لم يبطل إحصانه، فلو أسلم بعد ذلك كان محصناً، وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - : يبطل، لأن الإسلام عنده شرط في الإحصان ..).

(٣) جاء في المغني: ٢٩٧/١٢: (ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم أقيم عليه حده، وبهذا قال الشافعي سواء لحق بدار الحرب في رده أو لم يلحق بها .. لأنه حق عليه فلم يسقط برده كحقوق الآدميين).

١٩٤٤ - مسألة: تصح ردة السكران^(١)، وبه قال الشافعي^(٢)، خلافاً لأبي حنيفة^(٣). دليلنا: أن من صح طلاقه وإسلامه صحت ردته كالصاحي.

١٩٤٥ - مسألة: الردة تزيل الأملاك^(٤) زوالاً مراعاةً، فإن مات على ردته تبينا زوالها بالردة، وإن عاد إلى الإسلام تبينا أنها لم تزل، وقد حكى هذا عن أبي حنيفة، ومن أصحابه من يقول: تزول على الإطلاق، وقد اختلف قول الشافعي^(٥)، فعنه: تزول إلى كافة المسلمين، وعنه: لا تزول، وعنه: المراعاة. دليلنا: أن ما لا يمنع ابتداء التملك لا يزيل الملك كالمرض، والجنون، وعكسه الموت.

(١) جاء في الإنصاف: ٣٣١/١٠: (ومن ارتد وهو سكران، لم يقتل حتى يصحو، ويتم له ثلاثة أيام من وقت ردته. تصح ردة السكران وهو الصحيح من المذهب.. قال أبو الخطاب في الهداية: هذا أظهر الروايتين، واختاره عامة شيوخنا.. وعنه لا تصح ردته).
(٢) جاء في المذهب: ٢٠٦/٥: (وأما السكران ففيه طريقتان: من أصحابنا من قال: تصح ردته قولاً واحداً، ومنهم من قال فيه قولان). أنظر: مغني المحتاج: ١٣٧/٤، وروضة الطالبين: ٧٢/١٠.

(٣) جاء في تبين الحقائق: ٣٩٣/٣: (وإن كان لا يعقل لا يصح منه شيء من ذلك، لأن إقراره لا يدل على إعتقاده فلا يعتبر، وكذلك المجنون، وكذلك السكران في الردة دون الإسلام).

(٤) جاء في المغني: ٢٧٢/١٢ وما بعدها: (ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردته، في قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم، فعلى هذا إن قتل أو مات زال ملكه بموت، وإن رجع الإسلام، فملكه باق له.. وقال أبو بكر: يزول ملكه بردته، وإن رجع الإسلام، عاد تملكه مستأنفاً، لأن عصمة نفسه وماله إنما تثبت بإسلامه، فزوال إسلامه، يزول عصمتها. وقال أصحاب أبي حنيفة: ماله موقوف، إن أسلم تبينا بقاء ملكه، وإن مات أو قتل على ردته تبينا زواله من حين ردته).

(٥) جاء في المذهب: ٢١٢/٥: (إن ارتد وله مال ففيه ثلاثة أقوال: أحدهما: أنه لا يزول ملكه عن ماله، وهو إختيار المزني - رحمه الله - لأنه لم يوجد أكثر من سبب يبيح الدم، وهذا لا يوجب زوال الملك عن ماله.

والقول الثاني: أنه يزول ملكه عن ماله وهو الصحيح..

والقول الثالث: أنه مراعي، فإن أسلم حكمنا بأنه لم يزل ملكه، وإن قتل على الردة حكمنا بأنه زال ملكه، لأنه مال معتبر بدمه، ثم أستباحه دمه موقوفة على توبته، فوجب أن يكون زوال ملكه عن المال موقوفاً).

١٩٤٦ - مسألة: تصح ردة الصبي^(١)، وبه قال أبو حنيفة، والظاهر من مذهب مالك خلافاً للشافعي^(٢). دليلنا: أنه يعقل الردة أشبه البالغ.

١٩٤٧ - مسألة: إذا أرتد أهل بلد وجرى حكمهم فيه صار دار حرب، وقال أبو حنيفة: لا تصير دار حرب إلا بثلاثة شرائط: أن يجري حكمهم فيه، ولا يبقى فيه مسلم، ويكون متاخماً لدار الحرب. ووافق أصحابنا. دليلنا: أنه يجري فيه حكم دار الحرب، أشبه إذا وجد بقية الشرائط وكدار الحرب.

١٩٤٨ - مسألة: إذا تحيز المرتدون بدار ثم أسلموا وقد أتلّفوا مالاً أو نفساً لزمهم الضمان^(٣)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه كفر بعد إيمان فلا يسقط الضمان كما لو لم يتحيزوا.

١٩٤٩ - مسألة: إذا انتقل الذمي من دين إلى دين [.....]^(٤).

(١) جاء في الكافي: ١٥٥/٤: (وأما الصبي المميز فيصح إسلامه، وردته، لأن علياً - رضي الله عنه - أسلم وهو ابن سبع، فصح إسلامه، وثبت إيمانه .. ومن صح إسلامه صحت ردة كسائر الناس، وعنه لا تصح ردة).

(٢) جاء في حاشية العلماء: ١١٠١/٣: (تصح الردة من كل بالغ عاقل مختار، فأما الصبي والمجنون فلا تصح ردتهم .. وقال أبو حنيفة: تصح ردة الصبي إذا عقل وميز غير أنه لا يقتل بها).

(٣) جاء في المغني: ٢٦٢/١٢: (وإذا أرتد قوم فأتلّفوا مالاً للمسلمين، لزمهم ضمان ما أتلّفوه سواء تحيزوا أو صاروا في منعة، أو لم يصيروا).

(٤) ما بين المعكوفين بياض في النسختين.

كتاب الحدود^(١)

١٩٥٠ - مسألة: يجتمع في حق الزاني الثيب^(٢) الجلد والرجم^(٣)، وبه قال داود^(٤)، وفيه رواية أخرى: لا يجتمعان، وبه قال أكثرهم^(٥). دليلنا: حديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال: «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب الجلد والرجم»^(٦)، ولأنه أحد حدي الزنا فاجتمع فيه عقوبتان لحد البكر ونزید في الأصل النفي والجلد، ولأن الزنا معصية يجب به شيئان مختلفان، فجاز أن يجب مع كل واحد منهما من غيره كالقتل، يجب مع الخطأ

(١) الحدود: جمع حد، وهو في اللغة: المنع، وقيل للبواب حداً، لأنه يمنع من يدخل الدار من غير أهلها.

والحد لغة: الحاجز بين شيئين، ويطلق على ما يجيز الشيء من السلاح ووصوله حدود الدار. وعرفها الفقهاء: بأنه عقوبة مقدرة شرعاً لحق الله تعالى.

(٢) المراد بالثيب: هو المحصن، ويشترط فيه ليكون محصناً - ثيباً - ما يلي:

أ - الوطء في القبل، لأن النبابة لا تحصل إلا به فوجب اعتباره.

ب - أن يكون في نكاح فلو وطء في قبل في غير نكاح فلا يكون محصناً.

ج - أن يكون النكاح صحيحاً. د - الحرية. هـ - البلوغ. و - العقل.

ز - أن يوجد الكمال فيهما حال الوطء، فبطاً الرجل البالغ العاقل الحر امرأة مثله.

(٣) الرجم: هو الرمي بالحجارة، وهي الحجارة الضخام، وكل رجم في القرآن معناه القتل.

(٤) جاء في المغني: ٣٠٨/١٢: (وإذا زنا الحر المحصن أو الحرة المحصنة جلدا ورجما حتى يموتا في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله - رحمه الله - والرواية الأخرى: بـرجمان ولا يجلدان).

(٥) جاء في المذهب: ٣٧٢/٥: (إذا وطء رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه، من غير عقد ولا شبهة عقد، وغير ملك، ولا شبهة ملك، وهو عاقل بالغ مختار، عالم بالتحريم وجب عليه الحد .. فإن كان محصناً وجب عليه الرجم، ولا يجلد مع الرجم لقول الرسول ﷺ:

«اغد يأتيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»).

(٦) أخرجه مسلم: ١٨٨/١١، وأبو داود في سننه: ١٤٤/٤، والترمذي في جامعه: ٤١/٤، وابن ماجه في سننه: ٨٥٢/٢، وأحمد في مسنده: ٤٧٦/٣، والبيهقي في السنن الكبرى:

كفارة، ومع العمد كفارة عند الشافعي واحدى الروائتين عنا.

١٩٥١ - مسألة: لا يجوز ترك التغريب في حق الزاني^(١)، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس بواجب^(٢) إلا أن يراه الإمام، ووافقنا مالك في الرجل، وخالفنا في المرأة. دليلنا: ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت، لأنها عقوبة للزنان تقدرت بالشرع فكانت حداً كالجلد، ولأن من جلد الجلد التام لزمه النفي كالرجل.

١٩٥٢ - مسألة: لا يغرب العبد خلافاً لأحد^(٣) قولي الشافعي. دليلنا: قوله ﷺ: «إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها، فإن زنت فليجلدها.. إلى قوله في الرابعة: فليبعها ولو بضيف من شعر»^(٤)، ولم يذكر النفي، ولأنه سفر واجب لحق الله تعالى أشبه الحج.

١٩٥٣ - مسألة: إذا وجد شرائط الإحصان في جنبه أحد الزوجين دون الآخر، لم يحصل به الإحصان في حق واحد^(٥) منهما، وبه قال أبو حنيفة خلافاً لأكثرهم في قولهم: يحصل في حق من وجدت في حقه. دليلنا: أنه وطء لا يحصن في أحد الطرفين فلا يحصن في الآخر، كالوطء بملك اليمين.

(١) جاء في المغني: ٣٢٢/١٢: (ويجب مع الجلد تغريبه عاماً في قول جمهور الفقهاء. وروي ذلك عن الخلفاء الراشدين).

(٢) جاء في تبين الحقائق: ١٧٣/٣: (ولا يجمع بين جلد ورجم، يعني في المحصن، ولا بين جلد ونفي، يعني في البكر).

(٣) جاء في الكافي: ٢٠٨/٤: (الثالث: المملوك، فحده خمسون جلدة بكرراً كان أو ثيباً، رجلاً كان أو امرأة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْنِ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ والعذاب المذكور في الكتاب مائة جلدة.. فنصف ذلك خمسون، ولا تغريب عليه، لأن في تغريبه إضرار بسيدته دونه).

(٤) انظر: صحيح البخاري: ٩٣/٣، وصحيح مسلم: ١٣٦١/٣، وسنن أبي داود: ٤٧/٢.

(٥) جاء في المغني: ٣١٧/١٢: (الشرط السابع: أن يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء، فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه.. وقال مالك: إن كان أحدهما كاملاً صار محصناً إلا الصبي إذا وطء الكبيرة لم يحصنها).

١٩٥٤ - مسألة: الإسلام ليس بشرط في إحصان الرجم ، وبه قال الشافعي^(١) خلافاً لأبي حنيفة، ولم يحكى عن مالك خلافاً، لأنه لا يصح نكاح الكفار. دليلنا: ما روى الأثرم بإسناده عن جابر بن سمرة أن النبي ﷺ «رجم يهودياً ويهودية زنيا»^(٢)، ولأنه أحد حدي الزنا، فلزم الكافر كالجلد.

١٩٥٥ - مسألة: إذا مكنت العاقلة من نفسها مجنوناً لزمها الحد ، وبه قال أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة.^(٣) دليلنا: أن عدم الحد في الواطئين لمعنى يخصه لا يسقطه عن الآخر، كما لو مكنت حربياً مستأمناً.

١٩٥٦ - مسألة: إذا رأى على فراشه امرأة يظنها زوجته فوطئها، فلا حد عليه^(٤)، وبه قال أكثرهم^(٥) خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: أنه وطئها يعتقد أنها مباحة، أشبه إذا زفت إليه أخت امرأته فوطئها.

١٩٥٦ - مسألة: إذا ثبت حد الزنا ببينة لم يكن من شرط استيفائه بداية الشهود^(٦)، وهكذا إن ثبت بإقرار لم يكن من شرط بداية الإمام ، وبه قال

(١) جاء في المذهب: ٣٧٦/٥: (ولا يشترط في إحصان الرجم أن يكون مسلماً، وجاء في المغني: ٣١٧/١٢: (ولا يشترط الإسلام في الإحصان، وبه قال الزهري والشافعي).

(٢) هذا جزء من حديث طويل أخرجه البخاري: ٢٥١٠/٦ كتاب الحدود، ومسلم: ٢٠٨/١١.

(٣) جاء في الكافي: ١٩٩/٤: (فإن كان أحد الزانيتين غير مكلف، أو مكرهاً، أو جاهلاً بالتحريم، وشريكه بخلاف ذلك، وجب الحد على من هو أهل للحد دون الآخر، لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد، وانفرد الآخر بما يسقطه، فثبت في كل واحد منهما حكمه دون صاحبه).

(٤) جاء في الممتع: ٦٦٥/٥: (وأما كون من وطئ امرأة وجدها على فراشه ظننها امرأته أو جاريته لا حد فيه، فلأن الواطئ اعتقد إباحة الوطء بما يعذر مثله فيه، أشبه ما زفت إليه غير زوجته وقيل له: هذه زوجتك، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، وهذه شبهة).

(٥) جاء في المذهب: ٣٨٠/٥: (وإن وجد امرأة في فراشه، فظنها أمتة، أو زوجته، فوطئها، لم يلزمه الحد، لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة).

(٦) ويستحب أن يبدأ الشهود بالرجم، وإذا ثبت بالإقرار: استحب أن يبدأ الإمام .. انظر: الممتع: ٦٤٤/٥.

أكثرهم خلافاً لأبي حنيفة^(١) دليلنا: أنه حد وجب استيفاؤه أشبه سائر الحدود.

١٩٥٧ - مسألة: حد الزنا لا يثبت بإقرار دفعة واحدة^(٢)، وبه قال أبو حنيفة

خلافاً لأكثرهم^(٣) دليلنا: الحديث المشهور، وأن النبي ﷺ لم يرجم ماعزاً حتى أقر أربعاً، ولو وجب فيما قبل ذلك ما جاز خبره، ولأنه قول يثبت به حد الزنا، فاعتبر فيه العدد كالبينة.

فصل: ويصح ذلك في مجلس واحد، وقال أبو حنيفة: يحتاج أن يكون في أربعة مجالس^(٤)، فيقر عن يمين الحاكم، ثم شماله، ثم من خلفه، ثم من بين يديه. دليلنا: أنه أحد نوعي ما يثبت به الحد فهو كالبينة.

١٩٥٨ - مسألة: إذا نسب إقراره بالزنا إلى امرأة بعينها فكذبته لم يسقط عنه الحد^(٥)، وبه قال الشافعي خلافاً لأبي حنيفة. دليلنا: ما روى الدارقطني بإسناده عن سهل بن سعد: أن رجلاً أتى النبي ﷺ فأخبره أن ابنه زنا بفلانة.

(١) جاء في تبیین الحقائق: ١٦٨/٣: (قال - رحمه الله -: يبدأ الشهود به، أي يبدأ الشهود بالرجم، وقال الشافعي: لا تشترط بداءتهم إعتباراً بالجلد، ولنا: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال حين رجم شراحة الهمذانية: الرجم سنة سنّها رسول الله ﷺ، ولو كان شهد على هذا أحد لكان أول من يرمي الشاهد، يشهد ثم يتبع شهادته حجر، ولكنها أقرت فأنا أول من رماها بحجر.. قال الراوي: ثم رمى الناس).

(٢) جاء في الكافي: ٢٠٤/٤: (ويعتبر في الإقرار ثلاثة أمور، أحدهما: أن يقر أربع مرات سواء أكان في مجلس واحد أم مجالس).

(٣) هذه مسألة اختلف فيها الفقهاء: فذهب الحنفية، والحنابلة إلى أن الزاني إذا أقر بين يدي القاضي لا يقيم عليه الحد إلا أن يقر أربع مرات.

بينما يرى الشافعي: أنه إذا أقر مرة واحدة يقام عليه الحد).

(٤) انظر: المبسوط: ٩١/٩، وتحفة الفقهاء: ٢١٧/٣.

(٥) جاء في المغني: ٣٥٦/١٢: (فإن أقر بأنه زنا بامرأة فكذبته، فعليه الحد دونها، وبه قال الشافعي.. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا حد عليه، لأننا صدقناها في إنكارها، فصار محكوماً بكذبه).

«فسألها النبي ﷺ فأنكرت، فرجمه النبي ﷺ»^(١)، ولأن عدم الحد في حقها المعنى يخصها لا يسقطه عنه، كما لو كانت صغيرة، أو مجنونة، أو مكرهة، أو حربية.

- ١٩٥٩ - مسألة: إذا أقر بالزنا ثم رجع عنه سقط الحد^(٢)، وبه قال أكثرهم خلافاً لداود وإحدى الروایتين عن مالك. دليلنا: قوله ﷺ في ماعز لما بلغه أنه هرب: «ألا تركتموه»^(٣)، يعني لعله يرجع فينكر، لأن الهرب تعريض بالرجوع.
- ١٩٦٠ - مسألة: إذا شهد عليه بالزنا فصدقهم لم يسقط ..



[آخر كتاب الحدود، وبتمامه تم الكتاب بحمد الله]^(٤)



(١) أخرجه الدارقطني، والإمام أحمد في المسند: ٣٣٩/٥، وأبو داود: ٤٦٩/٢.

(٢) جاء في المغني: ٣٧٩/١٢: (إن المقر بالحد متى رجع عن إقراره ترك، وكذلك إذا أتى بما يدل على الرجوع، مثل الهرب، لم يطلب).

(٣) أخرجه مسلم: ١٣٢٠/٣، وأبو داود: ٤٥٧/٢.

(٤) هذا آخر ما ورد في النسخة (أ). والحمد لله عن حسن التمام، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

رقم
المسألة

رقم
المسألة

كتاب الطهارة

- ١ - الطهور اسم للطاهر في نفسه المظهر لغيره
- ٢ - لا يجوز إزالة النجاسة بمائع غير الماء
- ٣ - إذا تغير أحد صفات الماء بالطهارات كالدخول ونحوه لم يرفع حدثا ولا نجسا
- ٤ - لا يجوز التوضا بشيء من الأنثى
- ٥ - جلود الميتة لا تطهر بالدباغ
- ٦ - ما لا يؤكل لحمه لا يظهر جلده بالذكاة
- ٧ - صوف الميتة وشعرها طاهر
- ٨ - العظام فيها حياة وتنجس بالموت
- ٩ - لا يجوز استعمال الأواني المضية بالذهب والفضة
- ١٠ - من شرط الطهارة من الحدث النية
- ١١ - التسمية على الطهارة من الحدث واجبة
- ١٢ - يجب غسل اليدين عند القيام من نوم الليل قبل ادخالهما الأناة ثلاثا
- ١٣ - تختلف الرواية في وجوب الاستنشاق وفي المضمضة روايتين
- ١٤ - البياض الذي بين القدمين والأذن من الوجه
- ١٥ - يجب غسل ما استرسل من اللحية طولا وعرضا في الطهارة
- ١٦ - إذا كانت بشرة الوجه ظاهرة تصنفها للحية وجب غسلها
- ١٧ - إدخال المرفقين في غسل اليدين واجب
- ١٨ - يجب استيعاب الرأس بالمسح
- ١٩ - الستة في مسح الرأس دفعة واحدة
- ٢٠ - الأذنان من الرأس فيجزي مسحهما بماء الرأس
- ٢١ - يجوز المسح على العمامة في الطهارة
- ٢٢ - الفرض في الرجلين الغسل
- ٢٣ - الترتيب في الطهارة الصغرى واجب
- ٢٤ - الموالاة واجبة في الطهارة الصغرى
- ٢٥ - لا يجوز للمحدث لمس المصحف
- فصل: يجوز حملته بعلاقته أو في غلافه
- ٢٦ - يجوز للجنب قراءة بعض آية
- ٢٧ - الحائض كالجنب
- ٢٨ - لا يجوز استقباح القبلة بالبول والغائط في الصحارى خاصة
- ٢٩ - الاستنجاء
- فصل: فإن صلى وعليه نجاسة فعليه الإعادة
- فصل: والعقد مفسد في الاستنجاء
- ٣٠ - لا يجوز الاستنجاء بالروث والرمة
- ٣١ - إذا دام كثيرا انتقض وضوءه
- ٣٢ - لمس النساء بشهوة ينتقض
- فصل: الدليل على أنه لا يبطل لغير شهوة
- ٣٣ - مس الذكر ينتقض
- فصل: ولا فرق بين باطن الكف أو ظهره
- ٣٤ - مس الدبر ينتقض الوضوء
- ٣٥ - خروج الأشياء النادرة تنتقض
- ٣٦ - خروج النجاسات من غير السبيلين تنتقض الوضوء
- فصل: ولا يتعلق باليسير
- ٣٧ - القهقهة لا تنتقض الوضوء
- ٣٨ - أكل لحم الجوز ينتقض الوضوء
- ٣٩ - تبطل الطهارات بالردة

- ٤٠ - غسل الميت ينتقض الوضوء
- ٤١ - إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث لم يلزمه الطهارة
- ٤٢ - يجب الغسل بالتقاء الختانين
- فصل: فإن أوجع في بهيمة فعليه الغسل وإن لم ينزل
- ٤٣ - إذا خرج بقية المني متسببا فلا غسل عليه
- ٤٤ - إذا تلذذ بالكلام والنظر حتى أحس بانتقال المني في ظهره فعليه الغسل
- ٤٥ - الإسلام يوجب الغسل
- ٤٦ - لا يجب إمرار يد على جسده في الطهارة الكبرى
- ٤٧ - يجب إيصال الماء إلى باطن اللحية في الطهارة الكبرى
- ٤٨ - لا يتوضأ الرجل بفضل وضوء المرأة
- كتاب التيمم
- ٤٩ - يجوز للتيمم أن يقتصر على وجهه وكفيه بضرية واحدة
- ٥٠ - لا يجوز التيمم بغير التراب كالنورة والزرنيخ والجص ونحوهم
- ٥١ - إذا ضرب بيد على حجر لا غبار عليه لم يجز
- ٥٢ - إذا نوى بتيممه صلاة النافلة لم يستحب الفرض
- ٥٣ - إذا نسي الجنابة وتيمم للحدث الأصغر لم يجزه عن الجنابة
- ٥٤ - إذا تيمم لفريضة فصلى بها فريضة بعد نافلة جاز
- ٥٥ - رؤية الماء في الصلاة تبطل التيمم
- ٥٦ - التيمم لو قتل كل صلاة مفروضة
- ٥٧ - التيمم لا يرفع الحدث
- ٥٨ - لا يصح التيمم للفريضة قبل دخولها
- ٥٩ - طلب الماء شرط في صحة التيمم
- ٦٠ - المحبوس في المصر إذا لم يجد الماء تيمم وصلى فصل: ولا إعادة عليه
- ٦١ - إذا عدم الماء والتراب صلى وفي الإعادة روايتان
- فصل: والدلالة على الإعادة أنها نوع طهره عجز عن البذل
- ٦٢ - إذا خاف المريض الزيادة في المرض والتباطؤ في البرد من استعمال الماء جاز له التيمم
- ٦٣ - إذا تيمم لشدة البرد وصلى فلا إعادة عليه
- ٦٤ - إذا كان بعض بدنه صحيحا وبعضه جريحا غسل الصحيح وتيمم للجريح
- فصل: إذا كان على جرحه نجاسة لا يعرض عنها فلا إعادة عليه
- ٦٥ - تيمم للنجاسة كما يتيمم للحدث
- ٦٦ - إذا كان معه من الماء ما لا يكفيه لجميع بدنه غسل البعض وتيمم للباقى
- ٦٧ - لا تختلف الرواية أنه لا يتيمم لصلاة العيدين مع قدرته على الماء واختلاف في صلاة الجنائز
- ٦٨ - إذا وجد الماء وخاف أن استعماله يفسد وضوءه وجب استعماله
- ٦٩ - إذا كان يرحو وجود الماء استحباب له التأخير إلى آخر الوقت
- ٧٠ - إذا نسي الماء في رحله وصلى ثم ذكر فعليه الإعادة
- ٧١ - التيمم إذا خلع خفيه انتقض تيممه
- ٧٢ - إذا وجد الماء بزيادة على ثمن مثله مما لا يجحف بماله لزمه الشراء
- ٧٣ - إذا مسح على الجباين وصلى فلا إعادة عليه
- ٧٤ - من شرط المسح على الجباين أن ينهذه طهارة

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١٠٣ - إذا استحضت المبتدأة ولم يكن لها تمييز ترد إليه ردت إلى أقل الحيض
- ١٠٤ - ما تراء المعتادة قبل أيامها أو بعدها فلا تلتفت إليه باول دفعه
- ١٠٥ - أقل الحيض يوم. وفي رواية يوم وليلة
- ١٠٦ - وأكثره خمس عشرة ليلة
- ١٠٧ - الحامل لا تحيض
- ١٠٨ - النقاء بين الدمين طهر
- ١٠٩ - أقل الطهر الصحيح بين الحيضين ثلاثة عشر يوما
- ١١٠ - لانقطاع دم الحيض غاية وهو ما زاد على الستين
- ١١١ - أكثر النفاس أربعون يوما
- ١١٢ - إذا انقطع لدون الأربعين ثم عاودها فالأول نفاسا والثاني مشكوك فيه وما بينهما نفاس
- ١١٣ - إذا انقطع دم النفاس لدون الأربعين كره وطنها
- ١١٤ - إذا ولدت توأمين فالنفاس من الولد الأول
- ١١٥ - المستحاضة تتوضأ لو تكل صلاة
- فصل، وتبطل طهارتها بدخول الوقت كما تبطل بخروجه
- ١١٦ - يحرم وطء المستحاضة ما لم يحض العنت
- كتاب الصلاة
- ١١٧ - الصلاة تجب بأول الوقت وجوبا موسعا
- فصل، ويستقر بأول الوقت وفي الآخر بتكبيره وجبت الصلاة، ولأنه إدراك علق به الوجوب فحصل بتكبيره كإدراك المسافر خلف المقيم وهذا على الجميع.
- ١١٨ - آخر وقت الظهر إذا صار ظل كل شيء مثله
- ١١٩ - للمغرب وقتان
- ١٢٠ - الشفق الذي يغيبوبته تدخل عشاء الأخيرة الحمره
- ١٢١ - إذا زالت الأعذار قبل أن تغيب الشمس بقدر تكبيره لزم صلاة الظهر والعصر. وكذلك قبل طلوع الفجر لزم المغرب والعشاء
- ١٢٢ - الإغماء لا يسقط فرض الصلاة
- ١٢٣ - التفلس بالفجر أفضل
- ١٢٤ - يستحب تعجيل الظهر في الشتاء وفي الصيف إذا لم يصلها في مسجد الجماعة
- ١٢٥ - تعجيل العصر أفضل
- ١٢٦ - الصلاة والوسطى هي صلاة العصر
- ١٢٧ - يستحب تأخير عشاء الأخيرة
- ١٢٨ - يستحب تأخير الظهر وتعجيل العصر في الغيم. وكذلك المغرب والعشاء
- ١٢٩ - لا يستحب الترجيع في الأذان
- ١٣٠ - لفظ التكبير في أول الأذان أربعا
- ١٣١ - الإقامة فرادى
- ١٣٢ - ويقول قد قامت الصلاة مرتين
- ١٣٣ - الأذان فرض على الكفاية
- ١٣٤ - يعتد بأذان الفجر قبل وقت الصلاة
- ١٣٥ - إذا اجتمع فوات آذن وأقام للأولى وأقام لما بعدها فصل، فإن جمع بين الصلاتين في وقت الثانية فالحكم كالفاتنتين
- فصل، الدليل على أنه لا تكفي إقامة واحدة
- ١٣٦ - يثوب للفجر خاصة
- ١٣٧ - الأفضل أن يلي الإقامة من آذن

- ٧٥ - الماء المستعمل في رفع الأحداث طاهر فصل، ولا يكون مطهرا
- ٧٦ - الكلب والخنزير نجسان ويفسل الأناء من ولوغهما عن نجس
- ٧٧ - ويجب العدد في غسله فصل، ويكون سبعا
- فصل، فإن أدخل جزءا من يديه فهو كولوغه
- فصل، والخنزير في ذلك بمنزلة الكلب
- ٧٨ - يجب العدد في غسل سائر النجاسات سبعا
- ٧٩ - اسوار سباع البهائم نجسة
- ٨٠ - سؤر البهل والحمار الأهلي نجس
- ٨١ - لا يكره سؤر الهر
- ٨٢ - إذا مات في الماء اليسير ما لا نفس له سائلة لم ينحسه
- ٨٣ - ما يعيش في الماء إذا لم يكن مأكولا كالضفدع والتمساح، فإنه ينحسه بموته فيه
- ٨٤ - الماء اليسير إذا وقع فيه نجاسة فسد فصل، فإن كان كثيرا وحده فلتان فسد بالتغيير
- فصل، فإن كانت النجاسة بول الأدمي أو عذرفته المانعة أفسدت كل ما يمكن نزحه
- ٨٥ - لا يجوز التحري في الأواني إذا كان فيها نجس فصل، فإن كان معه ثياب بعضها طاهر واشتبهت عليه بالنجسة فهي بخلاف الأواني يصلي بعدد النجس وزيادة صلاة
- كتاب المسح على الخفين
- ٨٦ - يجوز المسح على الخفين فصل، ويجوز في الحضر
- فصل، ويكون مؤقتا بما ذكرنا في الخبر
- فصل، وتكون ابتداء المدة من حين أحدث
- ٨٧ - فإن مسح في الحضر ثم سافر أتم على مسح مقيم
- ٨٨ - من شرط المسح على الخفين أن يكون لبسهما بعد كمال الطهارة
- ٨٩ - إذا كان في الخف خرق يبدو منه بعض القدم لم يجز المسح عليه
- ٩٠ - إذا خلع الخفين استأنف الوضوء به
- ٩١ - يجوز المسح على الجر موقين
- ٩٢ - لا يستحب مسح أسفل الخف
- ٩٣ - القدر الذي يجزى في المسح على الخفين ثلاثة أصابع
- ٩٤ - إذا أخرج رجله إلى ساق الخف بطلت الطهارة
- ٩٥ - يجزئ المسح على الجوربين الصفيقين
- ٩٦ - يصح الفسل للجمعة عقيب الفجر وإن لم يتعقبه الروح
- ٩٧ - إذا نوى بغسله الجمعة لم يجزه عن الجنابة
- كتاب الحيض
- ٩٨ - إذا انقطع دم الحائض لم توطأ حتى تغتسل فصل، فإن عدت الماء وتيممت جاز وطنها
- ٩٩ - وطء الحائض يوجب كفارة
- فصل، وصفة الكفارة دينار. دليلنا، ما تقدم من الخبر. ولأنه حكم يتعلق بوطء الحائض فاستوى فيه أول الحيض وآخره كالآثم.
- ١٠٠ - يستمنع من الحائض بما دون الفرج
- ١٠١ - المستحاضة ترد إلى عاداتها
- ١٠٢ - ما تراء المبتدأة زيادة على يوم وليلة لا تجلسه بأول دفعة

رقم
المسألة

- ١٧٣ - التكبير للركوع والسجود والرفع منهما واجب
١٧٤ - وإذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه
١٧٥ - إذا سجد على أنفه دون جبهته لم يجزه
١٧٦ - يكره السجود على كور العمامة
١٧٧ - ليس عليه كشف اليدين في حال السجود
١٧٨ - يجب السجود على سبعة أعضاء
١٧٩ - الجلسة بين السجدين واجبة
١٨٠ - إذا أراد القيام من السجدة الثانية في الركعة الأولى والثالثة فإنه ينهض على صدور قدميه معتمداً على ركبتيه
١٨١ - التشهد الأول واجب في الصلاة
١٨٢ - ليس في التشهد الأول ذكر صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم
١٨٣ - إذا قام من التشهد إلى الركعة الثالثة ينهض مكبراً
١٨٤ - التشهد الأخير فرض
١٨٥ - المختار تشهد ابن مسعود
١٨٦ - الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد الأخير واجبة
١٨٧ - يجلس في التشهد الأول مقترشاً وفي الثاني متوركاً
فصل: الدليل على أنه لا يتورك في صلاة فيها جلوس واحد
١٨٨ - السلام في آخر الصلاة فرض
١٨٩ - السلام من الصلاة
فصل: ويسلم تسليمتين
فصل: والتسليم الثانية واجبة
١٩٠ - إذا دعا في صلاته بما يشبه كلام الادميين: ارفقني جارية حسناء، وداراً قوراء، وعدسية صفراء. لم تصح صلاته
١٩٢ - لا قنوت في الفجر
١٩٣ - الترتيب مستحب في قضاء الفوات
فصل: ولا فرق بين الصلاة الكثيرة واليسيرة
فصل: ويسقط مع ضيق الوقت
فصل: ويسقط بالنسيان
١٩٤ - إذا سلم على المصلي أشار بيده.
١٩٥ - إذا بشر بنعمة فقال الحمد لله، أو أخبر بمصيبة فقال: انا لله وإنا إليه راجعون، لم تفسد صلاته
فصل: ويكون تنبيه المرأة بالتصفيق
١٩٦ - ستر العورة شرط في الصلاة
١٩٧ - حد عورة الرجل ما بين السرة إلى الركبة
فصل: والركبة ليست من العورة
١٩٨ - المرأة عورة إلا الوجه والكفين
١٩٩ - إذا انكشف من العورة يسير لم تبطل الصلاة
٢٠٠ - يجب ستر منكبيه في الصلاة
٢٠١ - إذا لم يجد ثوباً صلى جالساً يومئ وإن صلى قائماً بركوع وسجود أجزاء
٢٠٢ - إذا لم يجد إلا ثوباً نجساً صلى
٢٠٣ - إذا صلى في أرض غصب أو ثوب غصب أو حرير لم تصح صلاته
٢٠٤ - الكلام عامداً يبطل الصلاة
فصل: فإن تكلم ناسياً بطلت صلاته
٢٠٥ - إذا سبقه الحدث في الصلاة استأنف الصلاة
فصل: فإن خرج من المسجد قبل الاستخلاف جاز لهم أن يستخلفوا أو يتموا فرادى

رقم
المسألة

- ١٣٨ - يصح أذان الصبي
١٣٩ - إذا أذن في المنارة استحب له أن يدور
١٤٠ - يجلس بين الأذان والإقامة للمغرب جلسة خفيفة بقدر ركعتين
١٤١ - يجوز إعادة الجماعة في مسجد له إمام راتب بعد صلاته
١٤٢ - يعتد بأذان الجنب
١٤٣ - لا يجوز أخذ الأجرة على الأذان
١٤٤ - إذا تجرأ القبلة وصلى فخطأها فلا إعادة عليه
١٤٥ - يجوز النفل على الراحلة في السفر القصير والطويل
١٤٦ - إذا بلغ الصبي في أثناء الصلاة وبعد فراغه منها والوقت باق لم يعتد بها
١٤٧ - ليس من شرط تكبيرة الإحرام مقارنة النية
١٤٨ - إذا دخل في الصلاة ثم نوى الخروج صار خارجاً والنص عنه في الصيام
١٤٩ - لا تنعقد الصلاة إلا بقوله الله أكبر
١٥٠ - إذا افتتح الصلاة بغير العربية وهو يحسنها لم تنعقد
١٥١ - تكبيرة الإحرام من الصلاة
١٥٢ - إذا قال المؤذن قد قامت الصلاة قام الناس ولا يدخلون في الصلاة حتى يفرغ من الإقامة
١٥٣ - يكبر المأموم بعد تكبير الإمام
١٥٤ - رفع اليدين في تكبيرة الإحرام ليس بواجب
١٥٥ - يرفع يديه عند الركوع والرفع منه
١٥٦ - رفع اليدين إلى المنكبين
١٥٧ - وضع اليمين على الشمال في الصلاة سنة
١٥٨ - يستحب الاستفتاح في الصلاة
١٥٩ - يتعوذ في صلاته قبل القراءة
١٦٠ - يقرأ بعد التعوذ بسم الله الرحمن الرحيم
١٦١ - وبسم الله الرحمن الرحيم ليست آية من فاتحة الكتاب بل هي آية بنفسها
فصل: الدليل على أن البسملة ليست من كل سورة
فصل: لا يستحب الجهر بالبسملة
١٦٢ - يستحب الجهر بآمين
١٦٣ - قراءة الفاتحة شرط في الصلاة
١٦٤ - من لا يحسن الفاتحة يجب عليه التسبيح مكانها
١٦٥ - تجب القراءة في كل ركعة
١٦٦ - قراءة ما عدا الفاتحة غير مستنون في الأخرتين من الظهر والعصر
١٦٧ - يجوز أن يقرأ في صلاته من المصحف
١٦٨ - يستحب أن يطيل في الأولى من الفجر زيادة على الركعة الثانية. وكذلك في الأولتين من الظهر والعصر
١٦٩ - لا تجب القراءة على المأموم به
فصل: وسواء في ذلك الصلاة التي يجهر فيها بالقراءة أو يخافت
فصل: إذا ثبت أن القراءة غير واجبة على المأموم استحب له أن يقرأ فيما لا يجهر فيه الإمام خاصة
١٧٠ - إذا قرأ في صلاته بالعجمية لم يجزه
١٧١ - الاعتدال في الركوع فرض
١٧٢ - إذا رفع رأسه من الركوع. فإن كان إماماً أو منفرداً قال: سمع الله لمن حمده. ربنا ولك الحمد ملء السماء وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد. وإن كان مأموماً لم يزد على ربنا ولك الحمد
فصل: الدليل على أن المأموم لا يجمع بين المفضلين

رقم
المسألة

- فصل، فإن صلى يقوم فحصر فتأخر وقدم رجلا جاز
٢٠٦- ما يفعل المسبوق مع الإمام آخر صلاته
٢٠٧- إذا صلى وحده أو في جماعته ثم أدركها في جماعة استحبه له
إعادتها إلا المغرب
فصل، الدليل على أن المغرب لا تعاد
٢٠٨- إذا صلت المرأة في صف الرجال لم تبطل صلاتها ولا صلاة من
يليها.
٢٠٩- سجود التلاوة غير واجب
٢١٠- في سورة الحج سجدتان
٢١١- ليس في سورة (ص) سجدة
٢١٢- في المفضل ثلاث سجدات: في النجم، والانشقاق، والعلق
٢١٣- سجود الشكر مستحب
٢١٤- إذا صلى وليس بين يديه شيء، فإنه يقطع صلاته الكلب
الأسود البهيم
٢١٥- إذا صلى على ظهر الكعبة أو في جوفها صلاة الفريضة لم تصح
صلاته
٢١٦- إذا صلى في المواضع السبعة المنهي عن الصلاة فيها بطلت
الصلاة
٢١٧- إذا أسلم المرتد لم يلزمه قضاء ما ترك من الصلوات والزكاة في
حال رده
فصل، فإن ترك هذه الأشياء في الإسلام ثم ارتد ثم أسلم
لزمه القضاء
فصل، فإن أسلم المرتد وقد كان أتى بحجة الإسلام لزمه
قضاها
٢١٨- إذا شك في صلاته بنى على اليقين
٢١٩- إذا سبح بالإمام نضان من المأمومين لزمه الرجوع إلى قولهما
٢٢٠- يسجد للسهو قبل السلام إلا إذا سلم من نقصان ساهيا
٢٢١- إذا قام إلى خامسة ثم ذكر، فإنه يعود فيجلس ويتشهد ويسجد
سجدتي السهو سواء عقد في الرابعة أم لم يقعد، وسواء عقد
الخامسة يسجد أم لم يعقدها
٢٢٢- إذا نسي سجدة أو سجدتين من ركعة ثم ذكر قبل أن يأخذ في
القراءة عاد وسجد
٢٢٣- فإن ترك أربع سجدات من أربع ركعات سجد سجدة فصح له
الركعة الأخيرة وألغى ما قبلها
٢٢٤- إذا ترك التشهد الأول ثم ذكر وقد اعتدل قائما ولم يشرع في
القراءة، فالمستحب الإيعاد، فإن عاد لم تبطل صلاته
٢٢٥- إذا قرأ في الأخيرتين من الظهر والعصر والعشاء الأخيرة
بالعمد لله وسورة ساهيا، أو صلى على النبي في التشهد الأول،
أو دعا فيه بما يدعو في الأخير أو قرأ في موضع تشهد أو
ركوعه وسجوده أو تشهد في موضع قيامه أو قال في ركوعه،
سمع الله لمن حمده ونعو ذلك، فإنه يسجد للسهو
٢٢٦- ما يسجد للسهو لا يسجد له إذا تعمد
٢٢٧- سجود السهو واجب
٢٢٨- إذا نسي أن يسجد قبل السلام أو عقبيه ثم ذكر سجد ما لم
يتناول الزمان ويخرج من المسجد وأن تكلم، فإن خرج لم
يسجد
٢٢٩- إذا سها الإمام ولم يسجد سجد المأموم
٢٣٠- إذا صلى يقوم وهو محدث فإن كان عالما بمحدث نفسه أعاد
وأعادوا بكل حال
فصل، الدليل على أن في أثناء الصلاة تجب الاعادة

رقم
المسألة

- ٢٣١- إذا صلى خلف كافر ثم علم أعاد الصلاة.
٢٣٢- لا يعصى عن قليل النجاسات في الصلاة إلا الدم
٢٣٣- دم السمك طاهر
٢٣٤- دم البق طاهر
٢٣٥- روث مايوكل لحمه طاهر وكذلك بوله
٢٣٦- إذا أصاب أسفل الخف نجاسة فمسحه بالأرض صلى فيه لم
يجزه
٢٣٧- يرش بول الغلام الذي لم يطعم الطعام
٢٣٨- إذا جبر ساقه بعظم نجس وخاف من قلع به الضرر لم يلزمه
قلعه على قياس المذهب
٢٣٩- مني الأدمي طاهر
٢٤٠- إذا أصاب الأرض بول فصب عليه الماء حتى غمره وزال عنه
التغير فقد طهر الموضع والماء الذي خالطه
٢٤١- إذا احترقت النجاسة فصارت رمادا لم تطهر
٢٤٢- إذا أصابت الأرض نجاسة ثم ذهب أثرها لم تجز الصلاة
عليها
٢٤٣- إذا وقع بدن المصلي على موضع نجس لم تصح صلاته
٢٤٤- انقحة الميتة ولبنها نجس
٢٤٥- يجوز للجنب الاجتياز في المسجد
٢٤٦- إذا توضأ الجنب جاز له اللبث في المسجد
٢٤٧- لا يجوز للمشارك أن يدخل المسجد الحرام ولا الحرم
٢٤٨- يجوز قضاء الفوات في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها
٢٤٩- إذا نذر صلاة مطلقة أو عينها بوقت وفات جاز فعلها في
الأوقات الخمسة المنهي عن الصلاة فيها
٢٥٠- لا يجوز فعل النوافل في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها إذا
لم يكن لها سبب
فصل، ولا فرق بين مسجد مكة وبين غيره من المساجد في
المنع
٢٥١- لا يجوز التنفل وقت الزوال في جميع الأيام
٢٥٢- إذا طلعت الشمس وهو في صلاة الفجر لم تنبطل
٢٥٣- السنن الراتبة مع الفرائض إذا فاتت فإنها تقضى بكل حال
٢٥٤- إذا أدرك الناس في صلاة الصبح، ولم يكن صلى ركعتي
الفجر فإنه يتشاغل بالفرض
٢٥٥- الأفضل في النوافل أن يسلم من كل ركعتين سواء في ذلك
صلاة الليل أو النهار
٢٥٦- الوتر سنة مؤكدة
٢٥٧- أقل الوتر ركعة وأفضله ثلاث يفصل بينهما بسلام
٢٥٨- القنوت مشروع في الوتر في جميع السنة
٢٥٩- الأفضل أن يقنت بعد الركوع
٢٦٠- المستحب أن يقرأ في الشفع بـ «سبح» و«قل يا أيها
الكافرون». وفي الوتر بالإخلاص
٢٦١- يستحب أن يرفع يديه في دعاء القنوت
٢٦٢- إذا صلى خلف من يقنت في الفجر تابعه في الدعاء
٢٦٣- صلاة الجماعة واجبة على الأعيان
٢٦٤- لا بأس بحضور العجوز الجماعة
٢٦٥- يستحب للنساء إذا اجتمعن أن يصلين فروضهن في جماعة
٢٦٦- المريض إذا لم يقدر على القعود كيف يصلي
٢٦٧- لا ياتم القادر على القيام بالعاجز عنه إلا مع إمام الحي إذا
كان يجرى بروء
فصل، فإن صلى بهم إمام الحي جالسا صلوا جلوسا

رقم
المسألة

- ٢٦٨ - لا يجوز أن ياتم القادر على القيام بالمؤمن
٢٦٩ - إذا صلى ركعة نائما ثم برئ بنى على ما مضى
٢٧٠ - إذا وجد العريان الستارة على قرب منه لم تبطل صلاته
٢٧١ - من لا يقدر على الركوع والسجود، ويقدر على القيام، لا يسقط عنه القيام
٢٧٢ - إذا عجز عن الإيماء براسه أو ما يعينيه وحاجبيه أو قلبه، ولا تسقط عنه الصلاة
٢٧٣ - إذا كان يعينيه رمد وقال الأطباء إن صليت مستلقيا رجونا بروك جاز له الصلاة مستلقيا
٢٧٤ - إذا كانت السفينة سائرة لم يسقط عن المصلي القيام.
٢٧٥ - لا يصح اقتداء المفترض بالمتنفل، وكذلك من يصلي الظهر بمن يصلي العصر
٢٧٦ - لا تصح إمامة الصبي في الفرض رواية واحدة
٢٧٧ - إذا صلى الأمامي بالأمامي والقارئ بطلت صلاة القارئ
فصل: الدليل على أن الأمامي لا تبطل صلاته
٢٧٨ - إذا أحس الإمام بداخل استحسب له الانتظار ما لم يشق على المأمومين
٢٧٩ - إذا صلى الكافر حكم بإسلامه
٢٨٠ - لا تصح إمامة الفاسق
٢٨١ - القارئ أولى بالإمامة من الفقيه
٢٨٢ - إذا افتتح الصلاة منفردا ثم أتتها جماعة تصح
فصل: فإن افتتحها منفردا ثم صار إماما لم تصح
فصل: فإن اقتدى بالإمام ثم انفرد، فإن كان لعذر لم تبطل
ولغير عذر
٢٨٣ - إذا كان بين الإمام والمأموم طريق أو نهر لم تصح الصلاة إلا مع اتصال الصفوف
٢٨٤ - إذا كان الإمام في سفينة والمأموم في الأخرى وبينهما حائل من الماء لم تصح الصلاة
٢٨٥ - إذا صلى في بيته بصلاة الإمام وهو لا يرى الإمام ولا من خلفه لأجل الحائل لم تصح صلاته
٢٨٦ - يكره أن يكون مقام الإمام أعلى من المأموم
٢٨٧ - من شرط الإمامة نية الإمامة
٢٨٨ - لا بأس بقتل القملة في الصلاة ودفنها
٢٨٩ - صلاة الفذ خلف الصف باطلة
٢٩٠ - إذا كان الأذن في الصلاة من خوف الله لم يقطع، ومن مرض يقطع
٢٩١ - إذا كان السفر ستة عشر فرسخا استباح الرخص
٢٩٢ - لا يكرر عدد الأتي في الصلاة
٢٩٣ - القصر رخصة
فصل: والقصر أفضل
٢٩٤ - إذا نوى المسافر إقامة تزيد على أربعة أيام أتم
٢٩٥ - إذا أقام لحاجة ينتظر قضاءها ويقول اليوم أخرج وغدا أخرج قصر أبدا
فصل: ودار الحرب كدار الإسلام في مدة الإقامة
٢٩٦ - الملاح إذا كان يسافر بأهله وليس له نية في المقام يبطل له يستبح الرخص في السفر وكذلك الضيق والمكاري
٢٩٧ - إذا أتم المسافر بالمقيم لزمه الإتمام
٢٩٨ - إذا نسي صلاة في المصغر فذكرها في الحضر صلاها صلاة حضر
٢٩٩ - إذا دخل مع مقيم ثم أسفدها لزمه صلاة مقيم

رقم
المسألة

- ٣٠٠ - إذا صلى مسافر بمقيمين ومسافرين ثم أحدث وقتنا له الاستخلاف فاستخلف مقيما لزمه الإتمام
٣٠١ - إذا سافر بعد دخول الوقت لم يجز له القصر
٣٠٢ - إذا سافر إلى بلد له طريقان أحدهما ينقص عن مدة سفر صحيح فله القصر
٣٠٣ - سفر المعصية لا يبيح الرخص
٣٠٤ - السفر يبيح الجمع بين الصلوات
٣٠٥ - يجوز الجمع بين الصلاتين في الحضر لأجل المطر
فصل: ويجوز ذلك في المغرب والعشاء، فأما الظهر والعصر فلا
فصل: ويجوز الجمع لأجل الوحل
فصل: ويجوز الجمع للمرض
كتاب الجمعة
٣٠٦ - تجب الجمعة على من يسمع النداء
٣٠٧ - تصح إقامة الجمعة في القرى
٣٠٨ - يجوز إقامتها فيما قارب المصر
فصل: فإن كانت الأبنية متفرقة تضيقا متقاربا صح إقامتها
٣٠٩ - لا تتعقد الجمعة بأقل من أربعين رجلا
٣١٠ - من شرط الخطبة أن يحضرها العدد المشروط في الجمعة
٣١١ - إذا تفرق العدد المشروط أو بعضه استقبل الصلاة ظهرا
٣١٢ - إذا لم يقدر على السجود بالأرض وقدر على ذلك على ظهره الناس لزمه السجود
٣١٣ - إذا زعم المأموم عن السجود حتى قام الإمام إلى الثانية، فإن كان إذا تشاغل بالسجود لم تفتته الثانية سجد، وإن خاف الفوات قام إلى الثانية ثم يقضي الأولى بعد فراغ الإمام في الركوع
٣١٤ - لا تتعقد الجمعة بالعبيد والمسافرين
فصل: فإن كان الإمام عبدا أو مسافرا لم تصح
٣١٥ - إذا صلى الظهر يوم الجمعة في منزله من لا عذر له لم تصح صلاته قبل صلاة الإمام
فصل: فإن صلى الظهر قبل صلاة الإمام من لا يلزمه فعل الجمعة كالمرضى والمسافر والعبد والمرأة صحت صلاتهم
٣١٦ - لا تكرر صلاة الظهر جماعة في حق من فاتته الجمعة
٣١٧ - لا يسافر يوم الجمعة بعد الزوال
فصل: ولا يجوز قبل الزوال أيضا
٣١٨ - الخطبة شرط في الجمعة
٣١٩ - تصح الخطبة من الجنب، وكذلك مع الحدث الأصغر
٣٢٠ - إذا خطب جالسا فقد أساء وتجزئه
٣٢١ - الجلوس بين الخطبتين ليس بواجب
٣٢٢ - يجمع في الخطبة بين حمد الله، والثناء عليه، والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، والوصية بتقوى الله، وقراءة آية من القرآن. وهكذا في الخطبة الثانية
٣٢٣ - يحرم الكلام في حال سماع الخطبة
فصل: فإذا قلنا أنه محرم فهو في حق المستمع دون الخطيب
٣٢٤ - لا بأس بالكلام بعد خروج الإمام قبل أن يخطب، وكذلك بعد نزوله ما لم يحرم
٣٢٥ - إذا دخل والإمام يخطب استحسب له ركعتين يخففهما
٣٢٦ - إذا استوى الإمام على المنبر واستقبل الناس سلم عليهم
٣٢٧ - إذا خطب رجل وصلى آخر جاز
٣٢٨ - يستحب أن يقرأ في الجمعة بعد الفاتحة بسورة الجمعة والمنافقين

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ٢٣٩- إذا دخل وقت العصر قبل الفراغ من الجمعة بنى على جمعة سواء كان قد مضى من الصلاة ركعة أو دونها
- ٢٤٠- إذا أدرك تشهد الجمعة بنى ظهرها
- ٢٤١- وتصح إقامتها بغير إذن سلطان
- ٢٤٢- تصح إقامة الجمعة في مصر واحد في موضعين عند الحاجة
- ٢٤٣- يجوز إقامة الجمعة قبل الزوال
- ٢٤٤- إذا اجتمع عيد وجمعة في يوم اجزا حضور أحدهما عن الأخرى
- ٢٤٥- لا تجب الجمعة على عبد
- كتاب صلاة الخوف
- ٢٤٦- صفة صلاة الخوف
- فصل، إذا قام ينتظر الطائفة الثانية فإنه يقرأ بساتحة الكتاب وسورة طويلة بقدر ما تتم به الطائفة الأولى. وتأتي الطائفة الثانية
- ٢٤٧- فإن صلى على نحو ما ذهب إليه أبو حنيفة
- ٢٤٨- تصح الصلاة في حال شدة الخوف وهو الماسية ولا يجوز تأخيرها
- ٢٤٩- تجوز صلاة الخوف رجلا وركبانا جماعة
- ٢٥٠- حمل السلاح في صلاة الخوف غير واجب
- ٢٥١- إذا راوا سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة خوف، ثم بان انه لم يكن عدوا لم تصح صلاتهم
- ٢٥٢- إذا صلى صلاة الخوف بأربع طوائف بكل طائفة ركعة لم تصح الصلاة
- كتاب صلاة العيد
- ٢٥٣- صلاة العيد واجبة على الكفاية
- ٢٥٤- التكبيرات الزوائد في العيد في الأولى ستا، وفي الثانية خمسا
- ٢٥٥- يستحب أن يقف بين كل تكبيرتين يكبر الله ويحمد ويصلي على النبي
- ٢٥٦- يبدأ بالتكبير قبل القراءة في الركعتين
- ٢٥٧- يؤخر التعوذ في صلاة العيد إلى بعد التكبير
- ٢٥٨- يستحب أن يقرأ في العيد بسبح اسم ربك الأعلى والفاشية
- ٢٥٩- إذا أدرك الإمام في الركوع لم يكبر تكبيرات العيد
- ٢٦٠- فإن قرأ قبل التكبير ساهيا فقياس المذهب انه يركع ولا يعود في التكبيرات
- ٢٦١- لا يركع قبل العيدين ولا بعدها
- ٢٦٢- ومن شرطها الاستيطان، والعدد، وإذن الإمام على أحد الروائين كالجمعة
- ٢٦٣- التكبير مستون في عيد الفطر
- فصل، ويكون ليلة الفطر ويومه
- فصل، وينقطع التكبير فيه إذا فرغ الإمام من الخطبتين
- ٢٦٤- التكبير في الأضحية من صلاة الفجر يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق، وإن كان محرما فمن الظهر يوم النحر
- ٢٦٥- لا يكبر إلا من صلى في جماعة
- فصل، فإن صلى المسافر جماعة استحب له التكبير
- فصل، ولا يكبر المصلي عقب النوافل
- فصل، صفة التكبير
- ٢٦٦- إذا غم الهلال ليلة الفطر فلم يصل الإمام، ثم علم بعد الزوال، فإنه يصلي من الغد ما بينه وبين الزوال، فإن لم يصل

- بهم حتى زالت الشمس من ذلك اليوم صلى بهم بعد ذلك. وكذلك الأضحية
- فصل، فإن فاتت العيد مع الإمام استحب قضاءها مع بقاء الوقت وبعد خروجه
- فصل، إذا ثبت القضاء فإنه يقضيها أربعاً
- كتاب صلاة الكسوف
- ٢٥٧- صلاة الكسوف ركعتان، في كل ركعة ركوعان
- ٢٥٨- يستحب في كسوف القمر أن يصلي جماعة كالشمس
- ٢٥٩- الستة في صلاة الخسوف الجهر
- ٢٦٠- ليس في صلاة الخسوف والكسوف خطبة
- كتاب الاستسقاء
- ٢٦١- يصلي الإمام بالناس للاستسقاء ركعتين
- ٢٦٢- صلاة الاستسقاء كالعيدين في التكبير والجهر
- ٢٦٣- ليس في الاستسقاء خطبة
- فصل، والإمام مخير بين أن يبدأ بالصلاة أو الدعاء
- ٢٦٤- ويستحب إذا مضى صدر من الدعاء أن يجعل يمين الرداء على يساره، واليسار يميناً
- ٢٦٥- اختلفت الرواية عن أحمد في تارك الصلاة عمداً
- كتاب الجنائز
- ٢٦٦- المستحب أن يفصل الميت في قميص
- ٢٦٧- ويدخل يده في فيه فيبصرها على أسنانه بالماء، ويدخل طرف أصبعيه في منخرينه،
- ٢٦٨- ولا يسرح شعره
- ٢٦٩- إذا خرج من الميت شيء بعد الغسل أعيد عليه
- ٢٧٠- الأدمي لا ينحس بالموت
- ٢٧١- إذا مات المحرم لم ينقطع إحرامه
- ٢٧٢- يغسل الرجل زوجته
- ٢٧٣- فإن مات عن الرجعية قلها غسله
- ٢٧٤- يجوز للرجل غسل أم ولده الميتة
- فصل، ويجوز لها أن تغسله
- ٢٧٥- لا يغسل الرجل ذوات محارم من النساء
- ٢٧٦- لا يجوز للمسلم غسل قريبه الكافر
- ٢٧٧- يغسل السقط ويصلي عليه إذا استكمل أربعة أشهر
- ٢٧٨- شهيد المعركة لا يصلي عليه
- ٢٧٩- إذا قتل الصبي في المعركة لم يغسل
- ٢٨٠- الجنب إذا استشهد فإنه يغسل
- ٢٨١- إذا قتل في غير المعركة ظلما لم يغسل
- ٢٨٢- إذا رفضته دابته فمات، أو عاد عليه سهمه، أو تردى من جبل فمات في المعركة غسل وصلي عليه.
- فصل، فإن وجد في المعركة مقتولا ولا أثر به غسل وصلي عليه
- ٢٨٣- فإن جرح في المعركة، ثم تكلم أو أكل، أو شرب، أو صلى، أو فعيا، غسل وصلي عليه
- ٢٨٤- لا يغسل قتيل أهل العدل ولا يصلي عليه
- ٢٨٥- إذا اختلط أموات المسلمين الذين يصلي عليهم بأموات المشركين، صلى على جميعهم بنوى المسلمين
- ٢٨٦- يستحب أن يكفن في ثلاثة أثواب ليس فيها قميص ولا عمامة
- ٢٨٧- ويستحب أن تكون الثياب بياضا كلها

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ٢٢٩- فإن أخرج الحامل أو الأعلى عن الأدنى أجزاء.
٢٣٠- إذا أخرج عن الخمس من الإبل واحدًا منها لم تجزأه
٢٣١- تجب الزكاة بحلول الحول
فصل، إذا هلك المال بعد الحول لم تسقط الزكاة
٢٣٢- تجب الزكاة في المال
٢٣٣- يجوز للإنسان أن يتولى إخراج زكاته بنفسه
٢٣٤- الزكاة لا تسقط بالموت
٢٣٥- إذا زادت البقر على أربعين فلا شيء فيها حتى تبلغ ستين
فيجب تبيعان
٢٣٦- الزكاة تتعلق ببقر الوحش
٢٣٧- إذا ملك عشرين من الغنم حوامل ثم توالدت، فالحول منذ
كامل النصاب
٢٣٨- المستفاد في أثناء الحول بابتياح وهبة وارث يستأنف له
الحول
٢٤٠- ولا تجزئ في الغنم إذا كانت كبار إلا الجذعة من الضان
والثني من الماعز
٢٤١- إذا كانت في غنمه إناث لم يجزأ إخراج الذكر
٢٤٢- إذا ضل ماله أو غصب، أو جعده إياه المودع، أو دقنه ونسى
موضعه، وجب فيه الزكاة بحلول الحول ويخرج إذا عاد إلى
يده
٢٤٣- إذا وجب عليه زكاة ثم ارتد لم تسقط عنه
٢٤٤- تجب الزكاة في المتولد من بين البقر الأهلي والوحشي.
وكذلك الغنم والظبي المواشي
فصل، ولا فرق بين أن يبلغ ملك كل واحد منهما نصابًا، أو لا
يبليغ
فصل، ولا يضم أحدهما إلى الآخر في الحول إذا ثبت
لأحدهما حكم الانفراد سواء اتفق الحولان أم اختلفا
فصل، ولا تؤثر الخلطة فيما عدا المواشي
٢٤٦- إذا كان له أربعون من الغنم في بلدين متباعدين لم تلزمه
الزكاة ولو كان ثمانون في بلدين متباعدين لزمه شاتان
٢٤٧- تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون
٢٤٨- يجوز تعجيل زكاة المال قبل الحول
فصل، فإن حال الحول وقد نقص النصاب بقدر ما أخرجه.
فالزكاة تقع موقعها
٢٤٩- إذا عجل زكاة ماله ثم هلك قبل الحول، لم يكن له أن يرجع
على المساكين
٢٥٠- إذا استسلف الإمام زكاة ماله ودفعها إلى المساكين ثم أسر أو
ارتد ومات ثم حال الحول ورب المال موجود والنصاب أجزاء
عنه
٢٥١- إذا استسلف الإمام الزكاة من غير مسألة المساكين وأرباب
الأموال ثم تلفت في يده فضمائها على المساكين
٢٥٢- إذا كان عنده نصاب من الماشية فجعل زكاته وزكاة ما
يستفيد في الحول جاز عن الموجود
فصل، ولا يجوز إخراج العشر عن الشمرة قبل وجود
الطلع
٢٥٣- فإن طرح بذرا في الأرض ثم أخرج العشر عنه لم يجزه
٢٥٤- نقصان النصاب في بعض الحول يسقط الزكاة
٢٥٥- لا يجوز أخذ القيم في الزكاة
فصل، ويجوز إخراج الأثمان بعضها عن بعض
٢٥٦- لا زكاة في المعلوفة

- ٢٩٠- يكره تكفين المرأة في المعصر والمزعر
٢٩١- كفن المرأة في مالها
٢٩٢- الماشي أمام الجنابة والراكب خلفها
٢٩٣- التبريع أفضل من الحمل بين العمودين.
٢٩٤- الصلاة على الميت تستفاد بالصلاة
٢٩٥- السلطان أحق بالصلاة على الميت من الولي
٢٩٦- إذا اجتمع الزوج وابن الميت منه فالزوج أولى
٢٩٧- الأب والجد أولى من الابن في الصلاة
٢٩٨- لا يصلي على الجنائز عند طلوع الشمس وقيامها وغروبها
٢٩٩- إذا اجتمع جنازة امرأة وصبي قدمت المرأة مما يلي الإمام
والصبي خلفها
فصل، فإن اجتمع صبي وعبد قدم العبد مما يلي الإمام
٣٠٠- إذا اجتمع جنازة نساء على انفرادهن، أو رجال، أو رجال ونساء،
فالسنة أن يسوي بين رؤسهم
٣٠١- إذا كبر الإمام على جنازة ثم جيء بأخرى فكبر ثانية ونواهما،
فهو لهما. وكذلك في الثالثة والرابعة. ولا يضر ذلك في
الخامسة.
٣٠٢- يقوم الإمام من الميت إذا كان رجلا حذاء صدره. ومن المرأة
عند وسطها
٣٠٤- لا تكره الصلاة على الميت في المساجد
٣٠٥- إذا كبر الإمام أكثر من أربع لم يتابعه المأموم
٣٠٦- ويرفع يديه في كل تكبيرة من صلاة الجنابة
٣٠٧- من شرط الصلاة على الجنابة القراءة
٣٠٨- إذا أدرك الإمام وقد كبر، فإنه يكبر ولا ينتظر حتى يكبر ثاني
٣٠٩- القيام شرط في صلاة الجنابة
٣١٠- إذا فاتته شيء من التكبير مع الإمام استحب له القضاء
٣١١- يجوز أن يصلي على الجنابة من لم يصل عليها مع الإمام قبل
الدفن وبعده
فصل، ولا يصلي عليه بعد شهر
٣١٢- إذا مات رجل ولم يحضره إلا النساء صليين عليه جماعة،
وتقف المرأة في وسطهن
٣١٣- لا يصلي الإمام على قاتل نفسه. ولا الغال من الغنيمة
٣١٤- يصلي الإمام على المقتول في الحد
٣١٥- لا يستر قبر الرجل بثوب عند الدفن
٣١٦- نسل الميت من قبل رأسه من عند رجلي القبر
٣١٧- السنة تسنيم القبور
٣١٨- يكره الجلوس قبل أن توضع الجنابة
٣١٩- ويجوز تطييب القبور
٣٢٠- فإن دفن قبل غسله نبش
٣٢١- يكره المشي في المقبرة بنعلين
٣٢٢- ويكره الاتكاء على القبر ونوطيته والجلوس عليه
٣٢٣- إذا ماتت امرأة وعسر خروج الولد، فإنه لا يشق بطنها
٣٢٤- وقت التعزية قبل الدفن وبعده
كتاب الزكاة
٣٢٥- إذا زادت الإبل على عشرين ومائة، ففي كل خمسين حقة، وفي
كل أربعين بنت لبون
٣٢٦- وإذا وجب عليه ابنة مخاض وليست في إبله ولا ابن لبون اشترى
ابنة مخاض
٣٢٧- تجب الزكاة في النصاب دون العفو
٣٢٨- يؤخذ من المراض مريضه، ومن الصالح صحيحه

رقم
المسألة

- ٤٥٧- لا زكاة في الخيل وبه قال أكثرهم
٤٥٨- إذا ابدل نصاباً مما تجب الزكاة في عينه بنصاب من جنسه فإنه يبني حول الثاني على حول الأول
٤٥٩- الدين يمنع وجوب الزكاة
فصل، ولا فرق بين المال الباطن والظاهر
فصل، فإن كان له عين وعروض للقيمة وعليه دين، فإنه يجعل الدين في مقابلة العروض. وتجب الزكاة في العين
٤٦٠- لا يلزمه إخراج الزكاة عن الدين حتى يقبضه
٤٦١- إذا كان له دين على رجل فوهبه له بنية الزكاة لم يجزه
٤٦٢- إذا كان الصداق نصاباً معيناً مما توجب الزكاة في عينه ثم حال الحول قبل قبضه فعلى المرأة زكاته
٤٦٣- إذا مات صاحب المال لم يبين حول الورثة على حوله
٤٦٤- بيع ما وجب فيه الزكاة يصح
٤٦٥- النصاب معتبر في الحبوب والثمار
فصل، ومقدار النصاب في ثمرة الكرم والنخل خمسة أوسق رطباً وعنباً لا تمرّاً وزبيباً
٤٦٦- يجب العشر في كل ما يكال ويدخر
٤٦٧- تضم الحنطة إلى الشعير في نصاب الزكاة، وكذلك القطنيات بعضها إلى بعض. وتضم القطنيات إلى الحنطة والشعير
٤٦٨- ما يأكله رب الأرض من الثمرة لا تحسب عليه زكاته
٤٦٩- إذا أحيا المسلم مواتاً في حيز أرض الصلح بما ساقه من نهر احتضره الأعاجم، أو بعين استخرجها منها، أو قناتاً أو دجلة، أو فراتاً فلا خراج عليها
٤٧٠- يجتمع العشر والخراج
٤٧١- يجوز للامان أن يزيد في الخراج على وظيفة عمر وينقص منها، وكذلك في الجزية
٤٧٢- إذا ضرب على نصاري بني تغلب العشرين في زروعهم مكان الجزية، ثم أسلموا، أو باعوا الأرض لمسلم سقط أحدهما واخذ الآخر على طريق الزكاة، وكذلك الذمي إذا ضرب على أرض الجزية ثم أسلم سقطت
٤٧٣- إذا اشترى الذمي أرضاً من أراضي المسلمين صح الشراء ولا عشر عليه
٤٧٤- يستحق العشر على صاحب الزرع
٤٧٥- لا يجب العشر في زرع المكاتب
٤٧٦- يجب العشر في العسل
فصل، ويعتبر النصاب في ذلك
فصل، ومقدار النصاب عشرة أفراف، والفرق ستة وثلاثون رطلاً
فصل، ولا فرق بين أن يأخذ من الجبال والأودية التي لا يملكها أحداً، ومن الأرض المملوكة
٤٧٧- ما زاد على المائتي درهم أو عشرين مثقالاً ففيه بحساب ذلك
٤٧٨- يضم الذهب إلى الورق في إكمال النصاب
فصل، ويكون الضم بالأجزاء لا بالقيمة
٤٧٩- إذا كان له نصاب من الأثمان الجياد فأخرج عنها الدون لم يجزه حتى يخرج ما بينهما من الفضل
٤٨٠- لا زكاة في الحلي المباح
فصل، وتجب الزكاة في حلي الكرى

رقم
المسألة

- ٤٨١- لا يجوز اتخاذ الأواني من الذهب والفضة التي يحرم استعمالها
فصل، فإن خالف واتخذها فعليه الزكاة
٤٨٢- تجب الزكاة في عروض التجارة ويخرجها عند كل حول
فصل، فإن ابتاع عروضاً للتجارة يعرض ففيها الزكاة
٤٨٣- إذا فسخ نية التجارة ونوى للقيمة سقطت الزكاة
٤٨٤- الزكاة تجب في قيمة العروض لا في أعيانها ويخرج من القيمة
٤٨٥- إذا ملك عروضاً بهية أو بخلع، أو نكح أو صلح عن دم عمد ونوى بها التجارة حين التملك ففيها الزكاة
٤٨٦- إذا اجتمع السوم ونية التجارة وجب زكاة القيمة
٤٨٧- إذا ابتاع أصول نخل للتجارة فأثمرت عنده فإنه يزكي الثمرة والنخل زكاة القيمة
٤٨٨- تقوم عروض التجارة بما هو أحظ للمساكين من عين أو ورق، فإن كان سواء في الحظ فالخيار إلى رب المال
٤٨٩- إذا قصد الفراء من الزكاة لم تسقط عنه
٤٩٠- حقوق المعدن يتعلق بجميع ما يخرج من الأرض
٤٩١- يجوز بيع تراب المعدن بغير جنسه
٤٩٢- حق المعدن ربع العشر
٤٩٣- النصاب معتبر فيما يستفاد من المعدن
فصل، والحول غير معتبر
٤٩٤- لا يعتبر النصاب في الركاز
٤٩٥- حق المعدن مصرفه مصرف الزكاة
٤٩٦- ما يجب في الركاز يصرف مصرف الفضة
٤٩٧- يجوز دفع حق المعدن والركاز إلى واحد
٤٩٨- حق الركاز يتعلق بجميع ما يخرج منه
٤٩٩- إذا وجد في داره معدناً ففيه ما في الموات
٥٠٠- إذا وجد في داره ركازاً فهو له ويخمس
٥٠١- جميع ما يؤخذ من البحر ففيه الزكاة إذا بلغ نصاباً
٥٠٢- إذا امتنع من أداء الزكاة مع اعتقاد وجوبها استتيب ثلاثاً، فإن تاب ولا قتل
٥٠٣- تجب الفطرة على الإنسان عن عبده وولده
٥٠٤- تجب زكاة الفطر على الابن عن أبيه وجده مع فقرهما
٥٠٥- يلزم المكاتب إخراج الفطرة عن نفسه
٥٠٦- يلزم الزوج إخراج الفطرة عن زوجته
٥٠٧- على السيد زكاة الفطر عن عبيد التجارة
٥٠٨- وليس عليه الفطرة عن عبيده الكفار
٥٠٩- تجب الفطرة عن العبد المشترك
٥١٠- صدقة الفطر تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان
٥١١- لا يعتبر في وجوب الفطرة النصاب المعين في زكاة الأموال
٥١٢- يجوز تعجيل الفطرة على وجوبها يوماً أو يومين
٥١٣- لا يجزئ في الفطرة أقل من صاع
٥١٤- يجوز إخراج الدقيق على أنه أقل لا قيمة
٥١٥- يجوز إخراج الأقط على أنه أصل
٥١٦- يجوز إخراج المنصوص عليها. وإن كان قوت البلد البر
٥١٧- يجوز إخراج الصاع من جنسين ويكون أصلاً
٥١٨- التمر أفضل من البر في الفطرة
٥١٩- الصاع خمسة أرطال وثلاث بالعماليق
٥٢٠- يجوز وضع الزكاة في صنف واحد
٥٢١- إذا نقل الصدقة إلى بلد تقصر إليه الصلاة لم يجز

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- فصل: فإن لمس هامدى فعليه القضاء
٥٧٢- إذا أوج في بهيمة فعليه القضاء والكفارة، ويخرج أنه لا كفارة عليه بناء على وجوب الحد، وبهذا التفصيل
٥٧٣- فإن أوج في الموضوع المكروه أو تلوط فالحق القضاء والكفارة
٥٧٤- إذا أكرهت المرأة على الجماع فعليه القضاء، ولو كان على الأكل لم يلزمها شيء
٥٧٥- إذا تضرع واستشق فدخل الماء حلقه فلا قضاء عليه
٥٧٦- يكره للصائم السواك بعد الزوال
٥٧٧- يكره للصائم السواك بالعود الرطب وهو الذي تتحلل أجزاؤه
٥٧٨- لا يكره للصائم الاغتسال من شدة الحر
٥٧٩- الحامل والمرضع إذا أفطرتا خوفاً على ولديهما لزمهما القضاء والكفارة الصغرى، وإن كان الخوف على أنفسهما فلا فدية
٥٨٠- الشيخ والشيخة إذا أفطرا فعليهما الاطعام عن كل يوم مسكينا
٥٨١- من لا تحرك القبلة شهوته لا يكره له في حال صيامه
٥٨٢- الفطر في السفر أفضل
فصل: فإن صام صح صيامه
٥٨٣- إذا صام في رمضان عن غيره لم يصح صيامه
٥٨٤- إذا زالت الأعذار في أثناء نهار رمضان وجب الإمساك
٥٨٥- إذا سافر في أثناء نهار رمضان أبيح له الفطر
فصل: فإن قلنا لا يباح فجماع فعليه كفارة
٥٨٦- إذا نوى صيام رمضان في سفره ثم جامع، فلا كفارة عليه
٥٨٧- إذا شهد بهلال رمضان فرد الحاكم شهادته ثم وطء فعليه الكفارة
٥٨٨- إذا جامع ثم مرض في أثناء ذلك اليوم لم تسقط عنه الكفارة
٥٨٩- إذا أخر قضاء رمضان لغير عذر حتى دخل رمضان أخر صام الثاني عن نفسه ثم يقضي الأول ويفتدي
٥٩٠- إذا نذر صيام شهر بعينه فلم يصمه لغير عذر لزمه كفارة بيمين مع القضاء
٥٩١- إذا مات وعليه صيام واجب، فإن كان نذراً جازاً ان يصوم عنه الولي، وإن كان من رمضان فله أن يطعم عنه ولا يصوم
٥٩٢- إذا تطوع بالعبادات البدنية كالصيام والقراءة والصلاة، وجعل ثوابها للميت صح ذلك
٥٩٣- إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، فإنه نذر صحيح
فصل: فإن قدم ولم يكن الناذر أكل، فإنه يلزمه أن يتمم صيام ذلك اليوم ويقضي يوماً مكانه، ويكفي كفارة يمين
فصل: الدلالة على الكفارة أنه لو وجد القدوم وهو مضطر لزمه الكفارة كذلك إذا كان صائماً، لأن في الحالين يلزمه القضاء.
فصل: فإن قدم والناذر قد أكل، فعليه القضاء والكفارة
فصل: فإن وافق يوماً من رمضان فعليه القضاء
٥٩٤- إذا نذر صيام رجب فصام عنه جمادى، لم يجز
فصل: فإن جن في جميع رجب، لم يلزمه القضاء
٥٩٥- التتابع ليس بواجب في قضاء صيام رمضان
٥٩٦- إذا عمت الشهور على الأسير، فإنه يصوم رمضان بالاجتهاد
فصل: فإن وافق قبل الشهر لم يجز
٥٩٧- الحجامة تفطر الحاجم والمحجوم
٥٩٨- إذا أفاق المجنون في بعض الشهر لزمه صيام ما بقي خاصة
٥٩٩- إذا نوى الصيام من الليل ثم أغمى عليه وأفاق في جزء من النهار أجزأ عنه صيامه

- ٥٩٢- لا يجوز دفع شيء من الصدقات المضروقات إلى أهل الذمة
٥٩٣- إذا دفع زكاة ماله إلى غني وهو لا يعلم ثم علم أجزأه
٥٩٤- المانع من الزكاة أن يكون له كفاية دائمة وخمسون درهماً، أو قيمتهما من الذهب خاصة
٥٩٥- لا يدفع الزكاة إلى الغني بكسبه
٥٩٦- لا يدفع إلى الفقير زيادة على ما يحصل به الغنى
٥٩٧- الفقير أشد حاجة من المسكين
٥٩٨- يجوز أن يكون العامل في الصدقات من ذوي القربى وعبد
٥٩٩- حكم المؤلفة باق، فيجوز أن تدفع الزكاة إلى كافر ليتألفه
٦٠٠- قوله تعالى: وهي الرقاب * هم المكاتبون
٦٠١- الحج من السبيل
٦٠٢- يعطى الغازي من الزكاة مع الغنى
٦٠٣- ابن السبيل هو المجتاز دون من أراد أن ينشئ سفراً
٦٠٤- تحرم الصدقة المضروقة على بني هاشم وبني عبدالمطلب
٦٠٥- يجوز للمرأة أن تعطي زوجها من صدقتها المضروقة
٦٠٦- لا يجوز دفع الزكاة إلى ذات زوج موسر مقيم بنفقتها.
كتاب الصيام
٦٠٧- صيام رمضان يقتصر كل يوم إلى نية جديدة
٦٠٨- ويستقر إلى نية من الليل
٦٠٩- صيام التطوع يصح بنية من النهار
٦١٠- تعيين النية شرط في صيام رمضان
٦١١- إذا غم الهلال ليلة الثلاثين من شعبان وجب صيامه بنية رمضان
فصل: ويكره صيام يوم الشك إذا لم يكن هناك غيم
٦١٢- يقبل في هلال رمضان شهادة رجل واحد
٦١٣- إذا رأى أهل بلد الهلال لزم جميع البلاد الصيام
٦١٤- إذا رأى هلال شوال وحده لم يفطر. وبه قال مالك فيما حكاه عنه الأثرم في مسائله
فصل: إذا أكل وهو شاك في طلوع الفجر ولم يعلم أنه طلع فلا قضاء عليه
٦١٥- إذا طلع الفجر وهو مجامع فترع، فعليه القضاء والكفارة
٦١٦- إذا بقي بين أسنانه شيء من الطعام فأكله ذكراً لصيامه، فعليه القضاء
٦١٧- إذا تقيا عامداً ملا فمه أفطر
٦١٨- إذا قطر في إحليله لم يفطر، رطب فعليه القضاء
٦١٩- إذا اكتحل بما يصل إلى جوفه أفطر
فصل: فإن استعط بما يصل إلى دماغه أفطر
٦٢٠- يجب على المرأة كفارة الجماع في الصيام والإحرام
٦٢١- إذا جامع في يومين من رمضان فعليه كفارتان
٦٢٢- إذا وطئ وكفر ثم عاد من يومه فعليه كفارة ثانية
٦٢٣- كفارة الجماع على الترتيب
٦٢٤- إذا أنزل بمباشرة دون الفرج فسد صيامه
فصل: ويجب به كفارة
٦٢٥- لا تثبت كفارة الجماع في الذمة
٦٢٦- وطئ الناسي يوجب القضاء والكفارة
٦٢٧- إذا أكل ناسياً لم يفسد صيامه
٦٢٨- لا تتعلق الكفارة بالأكل
٦٢٩- إذا نظر فأنزل فعليه القضاء فقط، فإن كان عن تكرار
فصل: فإن فكر فأنزل فلا شيء عليه

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ٥٩٠- إذا دخل في صيام التطوع لم يلزمه إتمامه
٥٩١- يستحب أن يتبع رمضان بست من شوال
٥٩٢- إذا نذر صيام يوم العيد لم يصمه وعليه كفارة يمين
٥٩٣- لا يجوز صيام أيام التشريق
٥٩٤- إذا نوى الخروج من الصيام صار خارجا
٥٩٥- يكره أفراد الجمعة أو السبت بالصيام إلا أن يوافق عادة
٥٩٦- ليلة القدر تلتبس في العشر الأواخر من رمضان، وأوكدها ليلة سبعة وعشرين
٥٩٧- لا يصح الاعتكاف إلا في مسجد تقام فيه الجماعات
٥٩٨- لا يصح اعتكاف المرأة في بيتها
٥٩٩- يصح الاعتكاف بغير صيام
٦٠٠- إذا نذر اعتكاف يومين لزمه اعتكافهما. والليله التي بينهما
٦٠١- إذا نذر أياما يتخللها جمعة فله أن يخرج إلى الجامع
٦٠٢- إذا نذر أن يعتكف شهرا لزمه ذلك متتابعا
٦٠٣- الاعتكاف يفسد بالطوء ناسيا
٦٠٤- على الواطئ في الاعتكاف كفارة يمين
٦٠٥- القبلة واللمس لا تبطل الاعتكاف
٦٠٦- إذا شرط المعتكف لنفسه أن يخرج للقرى كعبادة المرضى وشهود الجنائز ونحو ذلك، فله ما شرط
٦٠٧- يكره للمعتكف أن يتشاغل بغيره والمستحب أن يتشاغل بنفسه
كتاب الحج
٦٠٨- من شرط وجوب الحج الزاد والراحلة
٦٠٩- يسقط الحج عن الغني العاجز عن الحج بنفسه كالأزمن والشيخ ونحوهما
٦١٠- الحج لا يلزم المعصوب ببذل الطاعة
٦١١- تصح الاستنابة في حجة النافلة في حق الصحيح وغيره
٦١٢- المريض لا يستتنب في الفريضة إذا رجا برؤه
فصل، فإن استناب الميئوس منه ثم برئ فلا إعادة عليه
٦١٣- إذا كان بينه وبين الحج بحر الغالب منه السلامة لم يسقط الحج
٦١٤- الأعمى لا يسقط عنه الحج بنفسه
٦١٥- الحج لا يسقط بالموت
فصل، ويجزئ عنه من ديرة اهله
٦١٦- إذا استناب من يحج عنه فالحج عن المحجوج عنه
٦١٧- لا يصح الاستنابة على الحج
٦١٨- لا تصح استنابة من لم يحج عن نفسه
٦١٩- إذا أحرم عن أحد نفسيين لا بعينه وقع عن نفسه ولم يكن له صرفه إلى غيره
٦٢٠- من لم يحج عن نفسه إذا نوى بإحرامه التطوع وقع عن الفرض
٦٢١- الحج على الفور
٦٢٢- أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة
٦٢٣- يصح الإحرام بالحج في غير أشهره
٦٢٤- الأفضل أن يحرم بالحج من الميقات
٦٢٥- الأفضل الإحرام عقب الركعتين
٦٢٦- التلبية غير واجبة
٦٢٧- لا يستحب اظهار التلبية في الأمصار
٦٢٨- لا يستحب الزيادة على تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم
٦٢٩- المعتزم يقطع التلبية عند الشروع في الطواف
- ٦٣٠- لا يكره الإحرام بالعمرة في جميع السنة
٦٣١- يجوز تكرار العمرة في السنة دفعات
٦٣٢- العمرة واجبة بأصل الشرع
٦٣٣- الأفراد أفضل من القران، والتمتع أفضل منهما
٦٣٤- الأفضل أن يؤخر المتمتع الإحرام إلى يوم التروية
٦٣٥- يجوز فسح الحج إلى العمرة
٦٣٦- يصح من المكي التمتع والقران
٦٣٧- المتمتع إذا سافر بين حجه و عمرته سقرا صحيحا سقط عنه دم التمتع
٦٣٨- إذا أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج ثم حج من سنته لم يلزمه دم التمتع
٦٣٩- لا يجوز ذبح هدي التمتع قبل يوم النحر
٦٤٠- يجوز صيام الثلاثة أيام في حق المتمتع بعد الإحرام بالعمرة وقبل الإحرام بالحج
٦٤١- إذا فات صيام الأيام الثلاثة التي يفعلها المتمتع في الحج، فإنه يقضيها
فصل، ويجب مع القضاء دم
٦٤٢- ويصح صيام السبعة بعد الفراغ من الحج وقبل الرجوع إلى اهله
٦٤٣- إذا وجد الهدي وهو في صيام الثلاثة لم يلزمه الانتقال إليه
٦٤٤- المتمتع إذا ساق الهدي لم يكن له التحلل بين الحج والعمرة
٦٤٥- حاضروا المسجد الحرام من كان بينه وبين مكة مسافة لا تقصر فيها الصلاة
٦٤٦- إذا جاوز الميقات محلا ثم أحرم دونه لم يسقط عنه الدم بمعاذته بعد ذلك إلى الميقات.
٦٤٧- المكي إذا أحرم بالحج من أدنى العل، فلا دم عليه
٦٤٨- إذا جاوز الميقات محلا ثم أحرم دونه، ثم أفسد تلك الحجة كان عليه دم. ولا يسقط عليه بقضاء الحج في العام المستقبل
٦٤٩- يستحب للمحرم أن يطيب عند إحرامه
٦٥٠- إذا أحرم بنسك وأنسيه فإنه يأتي إيهما أحب
٦٥١- لا يجوز للمحرم لبس القزازين
٦٥٢- إذا عدم المحرم الأزار لبس السراويل، ولا دم عليه
٦٥٣- إذا عدم المحرم النعلين لبس الخفين، ولا فدية عليه
٦٥٤- إذا أدخل المحرم كتفيه في القباء كان عليه فدية
٦٥٥- لا يجب على الرجل كشف وجهه في الإحرام
٦٥٦- إذا ظلل المحرم عليه المحمل فعليه الفدية
٦٥٧- إذا تطيب أو لبس ناسيا فعليه الفدية
٦٥٨- إذا طيب بعض عضو أو لبس بعض يوم فعليه الفدية
٦٥٩- إذا أذهن بالشيرق أو الزيت فلا فدية عليه
٦٦٠- يجوز للمحرم لبس المعصفر.
٦٦١- يجوز للمحرم أن يفضب راسه بالحناء
٦٦٢- وإذا تبخر المحرم بالطيب فعليه الفدية
٦٦٣- يجوز للمحرم شم الريحان
٦٦٤- إذا حلق المحرم ثلاث شعرات فنية الفدية
فصل، وإن حلق دون ثلاث شعرات ففي كل شعرة مد من طعام
فصل، وتجب الفدية في شعر البدن كالرأس سواء
لا يجزئ في التحلل حلاق بعض الرأس
٦٦٥- المحصر إذا ذبح فعليه أن يحلق
٦٦٦- المتمتع والقران إذا قدما الحلاق على الذبح أو على الرمي، فلا دم عليهما لأجل ذلك

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ٦٦٨- إذا أخر الحلاق عن أيام التشريق، فلا دم عليه
٦٦٩- المحرم إذا حلق رأس حلال فلا شيء عليه
٦٧٠- الحلاق نسك يثاب على فعله، ويعاقب على تركه
٦٧١- الأضلع ومن لا شعر له يستحب له إمرار الموصى على رأسه
٦٧٢- إذا حلق غير عذر فالضحية على الترتيب
٦٧٣- إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي والسدر فلا ضحية عليه
٦٧٤- تجب الضحية بتقليم ثلاثة أظفار فضاء
٦٧٥- إذا كرر المحظور في الإحرام فعليه كفارة واحدة ما لم يكفر
٦٧٦- إذا حلق شعر رأسه وبدنه ففديتان
٦٧٧- إذا فعل محظورات الإحرام على طريق الرفض لإحرامه فعليه لكل محظور كفارة
٦٧٨- لا يعقد المحرم نكاحا لنفسه ولا لغيره
٦٧٩- إذا أحرم بالحج من مكة لم يطفل للقدوم حتى يرجع من عرفات ومنى
٦٨٠- من السنة استلام الركن اليماني، والاستلام للمس
فصل: ولا يستحب تقبيل ما استلمه به.
٦٨١- إذا لم يمكنه تقبيل الحجر الأسود استلمه بشيء، ثم قبل ذلك الشيء
٦٨٢- لا تكره القراءة في الطواف
٦٨٣- لا يصح طواف المحدث ولا من عليه نجاسة
٦٨٤- إذا طاف منكسا لم يعتد به
٦٨٥- إذا ترك بعض الأشواط لم يجزئه
٦٨٦- إذا سلك الحجر في طوافه لم يجزه
٦٨٧- إذا طاف راكبا من غير عذر فعليه دم
٦٨٨- إذا حمل رجل رجلا وطاف به لم يجزه عن الحامل
٦٨٩- ركعتي الطواف خير واجبة
٦٩٠- لا تكره تلقيق الأسابيع
٦٩١- إذا أخر الطواف عن أيام التشريق فلا دم عليه
٦٩٢- إذا طاف بعد نصف الليل من ليلة النحر جاز
٦٩٣- تعيين النية واجب في طواف الزيارة
٦٩٤- السعي ركن فلا ينوب عنه الدم
٦٩٥- القارن بين الحج والعمرة يجزيه طواف واحد وسعي واحد
٦٩٦- إذا وقف القارن بعرفة قبل طواف العمرة، لم ترتفع عمرته
٦٩٧- يجوز الجمع بين الظهر والعصر بعرفات جماعة وفردى
٦٩٨- أول وقت الوقوف طلوع الفجر من يوم عرفة، ويخرج بالفجر الثاني من يوم النحر
٦٩٩- إذا دفع من عرفة قبل غروب الشمس فعليه دم
٧٠٠- إذا صلى المغرب قبل الوصول إلى مزدلفة فالصلاة صحيحة
٧٠١- يجوز الدفع من مزدلفة بعد نصف الليل
فصل: فإن دفع قبل نصف الليل فعليه دم
٧٠٢- يجوز رمي جمرة العقبة بعد نصف الليل من ليلة النحر
٧٠٣- لا يجوز الرمي إلا بالحجارة
٧٠٤- لا يجوز في أيام التشريق الثلاثة أن يرمي إلا بعد الزوال
٧٠٥- إذا لم ينطر النضر الأول حتى غربت شمس اليوم الثاني من أيام التشريق، فإنه يجب عليه المقام حتى يرمي في اليوم الثالث
٧٠٦- إذا نسك الرمي في أيام التشريق فرمى جمرة العقبة، ثم الوسطى، ثم الأول لم يجزه
٧٠٧- إذا أخر الرمي من اليوم الأول إلى الثاني فلا شيء عليه، وكذلك إن أخره إلى الثالث
٧٠٨- حكم ترك الحصة

- فصل: فإن ترك ثلاث حصيات فعليه دم
٧٠٩- ليس في يوم النحر خطية مشروعة
٧١٠- في يوم النحر الأول خطية وهو ثاني أيام التشريق
٧١١- ليس في اليوم السابع خطية
٧١٢- إذا ترك المبيت بمنى ليالي التشريق فعليه دم
٧١٣- طواف الصدر ويسمى الوداع واجب، وفي تركه دم
فصل: فإن ودع ثم تشاغل أعاد الطواف
٧١٤- يصح حج الصبي
٧١٥- المغمى عليه لا يصح إحرام أهل رفقته عنه
٧١٦- إذا أحرم العبد بالحج ثم اعتق قبل الوقوف أجزأه
٧١٧- إذا أحرم العبد بغير إذن سيده انعقد إحرامه
فصل: ولا يملك السيد تحليله
فصل: فإن أذن له في الإحرام لم يملك تحليله منه
٧١٨- إذا أحرمت المرأة بحجة الفرض، لم يملك الزوج تحليلها
٧١٩- إذا بلغ الصبي، أو عتق العبد وقد جاوز الميقات من غير إحرام، ثم أحرما من دون الميقات إلى مكة، فلا دم عليهما
فصل: فإن جاوز كافرا ثم أسلم دونه وأحرم، فعليه دم
٧٢٠- إذا دخل مكة لحاجة لا تتكرر كالتجارة ونحوها، لزمه أن يأتي بإحرام
فصل: إذا ثبت أنه يلزمه الإحرام، فإن خالف ولم يحرم حتى دخل مكة ثبتت في ذمته الدم
٧٢١- إذا أحرم بجحيتين معا، انعقد بأحدهما
٧٢٢- لا يصح إدخال العمرة على الحج، ويصح إدخال الحج على العمرة
٧٢٣- الإحرام يحج أو عمرة لا يخرج منه بالافساد
فصل: إذا ثبت هذا فإنه يضرق بينهما في حالة القضاء
فصل: ويكون الافتراق في الموضوع الذي كان في الجماع خاصة
٧٢٤- إذا وطء قبل الوقوف فعليه بدنة
فصل: فإن وطء بعد الوقوف وقبل التحلل الأول فسد حجه وعليه بدنة
فصل: فإن وطء بعد التحلل الأول لم يفسد حجه، وعليه إحرام يأتي فيه بأفعال عمرة
٧٢٥- إذا تحلل التحلل الأول أبيح له جميع المحظورات إلا النساء بمعنى الجماع في الفرج خاصة
٧٢٦- إذا أنزل عن استمتاع فيما دون الفرج فسد حجه.
٧٢٧- إذا كرر النظر حتى أنزل فعليه دم، وهل هو شاة أم بدنة؟
٧٢٨- إذا تلوط أو جامع أمراء في الدبر فسد حجه
٧٢٩- وطء الناسي يفسد
٧٣٠- الوطء في العمرة يوجب شاة
٧٣١- القارن والمتمتع إذا وطئا لم يسقط عنهما دم المتعة والقارن
٧٣٢- القارن إذا وطء فعليه دم
٧٣٣- الدماء المتعلقة بالإحرام يختص تضييقها بالحرم إلا دم الإحصار والحلاق، وعلى قياسه دم اللباس
٧٣٤- إذا كان قد نذر هديا لا يعينه، ثم ذبح هديا وتلف اللحم سرقة أو نحوها، لم يلزمه الإعادة
٧٣٥- إذا فسد الحج وأزاد القضاء، فإنه يلزمه من أقصى الموضعين
٧٣٦- إذا فاتته الإحرام بالحج انقلب إحرامه إحرام عمرة
٧٣٧- إذا فاتته حج التطوع كان عليه القضاء
فصل: ويلزمه الهدى
فصل: إذا ثبت الهدى فإنه يخرج به في سنة القضاء

رقم
المسألة

مسائل جزاء الصيد

- ٧٣٨- إذا قتل الصيد خطأ ففيه الجزاء.
٧٣٩- إذا تكرر قتل الصيد تكررت الكفارة
٧٤٠- إذا قتل من الصيد ما له مثل من النعم فعليه مثله
٧٤١- إذا قتل صيدا لم يحكم فيه الصحابة بمقدر. رجع إلى قول عدلين، وإن كانا قاتلين
٧٤٢- إذا كان الصيد صغيرا أو عورا ضمنه بمثله
٧٤٣- إذا جرح صيدا، أو قطع منه عضوا ضمنه بما نقص الحمامة مضمونة بشاة
٧٤٤- يضمن مادون الحمام بقيمته كالعصافير ونحوها
٧٤٥- ما حكم فيه صحابيان استقر حكمهما فيه ولا يعدل عنه
٧٤٦- يبيح النعامة مضمون
٧٤٧- فصل، ويكون الضمان بالقيمة
٧٤٨- إذا جرح الصيد وغاب لا يدري ما كان منه فعليه الضمان
٧٤٩- كفارة الصيد على التخيير
٧٥٠- لا يأكل المحرم ما صيد لأجله
٧٥١- فصل، فإن أكل منه فعليه الضمان
٧٥٢- إذا قتل المحرم صيدا، وأكل منه فلا ضمان عليه لأجل الأكل
٧٥٣- إذا ذبح المحرم صيدا فهو ميتة
٧٥٤- فصل، فإن قتل الحلال صيدا في الحرم فهو ميتة أيضا
٧٥٥- إذا ذل المحرم على الصيد لغيره فعليه الجزاء
٧٥٦- فصل، فإن ذل محل على صيد في الحرم فقتله، فعليه الجزاء
٧٥٧- إذا اشترك جماعة في قتل صيد فعليهم جزاء واحد
٧٥٨- فصل، فإن كان التكثير بالصيام لزم كل واحد صيام تام
٧٥٩- القارن إذا قتل الصيد فعليه جزاء واحد
٧٦٠- لا ضمان على المحرم بقتل السبع
٧٦١- يجوز للمحرم أن يقر بغيره
٧٦٢- إذا صال الصيد على محرم فقتله، فلا ضمان عليه
٧٦٣- إذا قتل المحرم صيدا ملوكا فعليه الكفارة
٧٦٤- إذا أحرم وفي يده صيد لم يزل ملكه عنه
٧٦٥- فصل، إذا ثبت أنه لم يزل. فإن كانت يده عليه حكمية، لم يؤمر بإزالتها. وإن كانت متشاهدة أمر بإرساله.
٧٦٦- فصل، ولا ضمان على من أزال يد المشاهدة عنه
٧٦٧- صيد الحرم مضمون
٧٦٨- للصيام مدخل في كفارة صيد الحرم
٧٦٩- إذا أدخل الحلال صيدا إلى الحرم لزمه إرساله
٧٧٠- شجر الحرم مضمون على الكافة
٧٧١- ولا يجب الضمان فيما أنبته الأدمي ويجوز قلعه، وما نبت بنفسه يضمنه سواء كان من جنس ما تنبته الأدميون أو لم يكن
٧٧٢- فصل، وتضمن الشجرة الكبيرة ببقرة، والصغيرة شاة
٧٧٣- لا يجوز أن يرعى حشيش الحرم
٧٧٤- صيد المدينة وشجرها محرم
٧٧٥- فصل، إذا ثبت هذا ففيه الجزاء
٧٧٦- فصل، ويكون الجزاء السلب ينفرده الأخذ له
٧٧٧- ولا يحرم صيد وج ولا شجرها
٧٧٨- مكة أفضل من المدينة
٧٧٩- لا تكره المجاورة بمكة
٧٨٠- الهدي واجب في حق المحصر

رقم
المسألة

- فصل، ويذبح الهدي موضع الإحصار
فصل، ويجوز أن يذبح ويتحلل قبل يوم النحر
٧٧٢- إذا أحصر في حجة التطوع فلا قضاء عليه
٧٧٣- إذا أحصر في حجة الفرض لزمه القضاء
٧٧٤- دم الإحصار يجزئ عنه الصيام
٧٧٥- ومقدار الصيام عشرة أيام
٧٧٦- ولا يجوز التحلل حتى يأتي بالصيام
٧٧٧- إذا أحصر عن البيت بعد الوقوف بعرفة، فله التحلل
٧٧٨- الإحصار بمرض لا يبيح التحلل
٧٧٩- إذا اشترط المحرم التحلل عند المرض أو العدو أو أخطا الطريق كان شرطاً صحيحاً ويستفيد به التحلل ولا دم عليه.
٧٨٠- لا تحج المرأة إلا مع ذي محرم
٧٨١- فصل، ولا فرق بين قصير السفر وطويله
٧٨٢- اشعار الإبل والبقر وتقيلها سنة
٧٨٣- التقاليد مستون في الغنم
٧٨٤- ليس من شرط الهدي أن يجمع فيه بين الحل والحرم، ولا أن يوقف بعرفات
٧٨٥- وكل موضع من الحرم محل للنحر
٧٨٦- يجوز أن يشترك السبعة في البقرة والبذنة على الإطلاق
٧٨٧- لا يأكل شيئا من الهدايا الواجبة إلا هدي التمتع والقران
٧٨٨- إذا أوجب هدياً جاز بيعه، وعليه بدله
٧٨٩- إذا نذر هدياً فأقله شاة
٧٩٠- إذا نذر بذنة. فإن نوى شيئا فهو ما نواه. وإن أطلق فإن يكون مخيراً بين الجوز وبين البقرة
٧٩١- إذا حدث العيب في الهدي بعد وجوبه لم يمنع الإجزاء
٧٩٢- فصل، فإن قلع عين الهدي تصدق بالارش
٧٩٣- فإن أوجب هدياً في الذمة ثم عينه ثم حدث به عيب لم يجزه إخراجاً
٧٩٤- إذا قال علي أن تصدق ببذنة. وأطلق النية في موضع نحرها لم ينحرها إلا في الحرم
٧٩٥- إذا غصب شاة فذبحها عن متعة أو قران لم تجز. وإن وجد من مالها الرضا في الثاني
٧٩٦- إذا حج حجة الإسلام ثم ارتد ثم أسلم لزمه أن يحج حجة ثانية
٧٩٧- كتاب البيوع
٧٩٨- بيع ما لم يره المشتري ولا وصف له باطل
٧٩٩- فصل، ويصح بيع الأعيان الغائبة بالصفة
٨٠٠- فصل، ويحتاج إلى ذكر جميع الصفات التي يختلف لأجلها الثمن
٨٠١- فصل، فإن رآه على الصفة المذكورة فلا خيار له
٨٠٢- بيع الأعمى وشراؤه صحيح
٨٠٣- خيار المجلس ثابت في المعاوضات ما لم يتفرقا
٨٠٤- الخيار لا يمنع انتقال الملك سواء في ذلك خيار الشرط أو المجلس
٨٠٥- فصل، فإن اعتق البائع في مدة خياره لم ينفذ
٨٠٦- فصل، فإن اعتق المشتري والخيار للبائع نفذ عتقه
٨٠٧- فصل، فإن وطء البائع الأمة قبل تسليمها فعليه الحد
٨٠٨- إذا تلف المبيع في مدة الخيار، أو كان عبداً فأعتقه المشتري. لم يبطل الخيار
٨٠٩- إذا باع عبداً من عبيدين لم يصح البيع

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ٨٠١- إذا باعه بشرط الخيار في الليل أو الظاهر أو لعد. لم يدخل الحد في المحدود.
- ٨٠٢- يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاث
- ٨٠٣- إذا قال بعتك على أنك إن جئتني بالثمن إلى يوم كذا وكذا ولا فلا بيع بيننا، لم يبطل البيع
- ٨٠٤- إذا قبلت الأمة للمشتري في مدة الخيار لم يبطل خياره
- ٨٠٥- إذا تبايعا بشرط الخيار إلى الأبد، فالبيع والشرط باطلان
- ٨٠٦- إذا اشترط في البيع شرطا فاسدا ففسد البيع
- فصل، الدلالة على أنه لا يبطل الشرط
- ٨٠٧- إذا كان الخيار لأحد المتبايعين ففسخ في غيبة من الآخر، فإنه يصح الفسخ
- ٨٠٨- إذا ابتاع وشرط الخيار للأجنبي، صح الاشتراط.
- ٨٠٩- إذا ابتاع نضسان بشرط الخيار كان لأحدهما أن يفسخ خيار الشرط لا يورث
- ٨١٠- إذا انقضت مدة الخيار ولم يوجد ممن له الخيار، لا فسخ ولا إضماء، بطل الخيار بمضي المدة
- ٨١٢- إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح البيع
- ٨١٣- الغبن الكثير يثبت الفسخ
- ٨١٤- يجري الربا فيما عدا الأشياء الستة
- ٨١٥- علة الربا مكيل جنس فيحرم التفاضل في جميع المكيلات
- ٨١٦- لا يجوز بيع ثمرة بتمرتين، ولا حنطاية بحنطائيتين
- ٨١٧- العلة في تحريم التفاضل في الذهب والفضة الوزن فيتعداه إلى كل موزون
- ٨١٨- إذا كانت القلوس نافقة لم يجز التفاضل فيها
- ٨١٩- لا يجوز بيع سكين بسكينتين إلا أن يتساويا في الوزن
- ٨٢٠- لا يجري الربا في الماء
- ٨٢١- إذا باع ما يجري فيه الربا بما يجري فيه الربا وعلتهما واحدة، لم يجز التصرف قبل القبض كالمكيل بالمكيل والموزون
- ٨٢٢- الحنطة والشعير جنسان، فيجوز التفاضل بينهما
- ٨٢٣- مسألة ما ليس بمكيل ولا موزون لا يحرم فيه النسا.
- ٨٢٤- لا يجوز الربا في دار الحرب
- ٨٢٥- ما لم ينص النبي ﷺ على كيله أو وزنه، فالمرجع في كيله ووزنه إلى عرف أهل مكة والمدينة في وقت النبي صلى الله عليه وسلم
- ٨٢٦- لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق، وكذلك الحنطة بالسويق، والسويق بالحنطة
- فصل: فإن قلنا بالرواية الثانية فإنما يجوز متساويا
- ٨٢٧- يجوز بيع الدقيق بالدقيق
- ٨٢٨- لا يجوز بيع الحنطة المبلولة باليايسة
- ٨٢٩- خل العنب والتمر جنسان، فيجوز التفاضل بينهما
- ٨٣٠- لا يجوز بيع الموزونات ببعضها بعض جزأها
- ٨٣١- للحمان كلها اجناس، ولا يحرم التفاضل فيها
- ٨٣٢- لا يجوز بيع الرطب بالتمر
- ٨٣٣- لا يجوز بيع الرطب بالرطب
- ٨٣٤- إذا باع جنسا يجري فيه الربا بجنسه ومع أحدهما أو مع كل واحد منهما من غير جنسه، لم يجز به
- ٨٣٥- لا يجوز بيع اللحم بالحيوان المأكول
- ٨٣٦- لا يجوز بيع شاة فيها صوف بصوف، وكذلك ما فيها لبن بلبن

- ٨٢٧- إذا تصارفا، ثم ظهر على عيب من الجنس كالوضوح في الذهب والفضة، وكان العقد على عين بعين فليس له إلا الامساك أو الفسخ
- ٨٢٨- الدراهم والدنانير يتعينان بالعقد
- ٨٢٩- إذا ابتاع نخيلا وفيه ثمرة لم تؤبر كاطلع فهي للمشتري
- ٨٣٠- إذا ابتاع نخيلا وفيه ثمرة مؤبرة فهي للبائع مبقاة إلى الجذاز
- ٨٣١- إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها ولم يشترط القلع، فالبيع باطل
- ٨٣٢- إذا اشترى ثمرة قد بدا صلاحها بشرط البقاء جاز
- ٨٣٣- إذا ابتاع ثمرة لم يبد صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى صلحت بطل البيع
- ٨٣٤- إذا بدا الصلاح في نوع واحد، كان ذلك صلاحا لجميع ذلك النوع الذي في هذا الفراج
- ٨٣٥- إذا باع نخلا بعضه مؤبر، فالجميع للبائع
- ٨٣٦- لا يجوز بيع ما بطن من الثمار، وكذلك الجزر والكراث حتى يقلع ويشاهد،
- ٨٣٧- يجوز بيع الحنطة في سنبله
- ٨٣٨- إذا باع ثمرة واستثنى منها أرضا لا يصح
- ٨٣٩- يجوز أن يبيع شاة ويستثنى سواقطها
- ٨٤٠- ما تهلكته الجوائح فهو من ضمان البائع
- ٨٥١- يجوز بيع العرايا الرطب في رؤوس النخيل بخرسه تمرا على وجه الأرض
- فصل، ويجوز ذلك من الواهب وغيره
- فصل، ويجوز ذلك نقدا، ولا يجوز نسيئة
- فصل، ولا يجوز إلا عند الحاجة
- فصل، ويجوز فيما دون خمسة أوسق
- ٨٥٢- إذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم، أو هذه الشياه كل شاة بدرهم، صح البيع
- ٨٥٣- إذا قال، بعتك ذراعا من هذا الدار وهما يعلمان مبلغ الذراعان صح العقد
- ٨٥٤- إذا باع صبرة طعام مجازفة وانضرد البائع بمعرفة مبلغها، لم يجز ذلك، وللمشتري الخيار
- ٨٥٥- لا يجوز بيع المكيلات بالمكيلات، ولا الموزونات بالموزونات جزأها وإن كانا من جنسين
- ٨٥٦- المبيع المتعين من ضمان المشتري
- ٨٥٧- إذا كان المبيع متعينا ملك المشتري التصرف فيه بالبيع والهبة ونحوهما
- فصل، وهكذا الحكم في الصداق
- ٨٥٨- التخلية في البيع قبض
- ٨٥٩- إذا باع قفيزا من الطعام بدينار نسيئة، فلما حل الأجل ابتاع من المشتري بذلك الدينار طعام لم يجز
- ٨٦٠- التصرية للحيوان تثبت الفسخ
- ٨٦١- النماء العاد من المبيع لا يمنع الفسخ
- فصل، وله أن يفسخ في الأصل دون النماء
- ٨٦٢- فإن ابتاع أمة حامل فوضعت في يده ردها وولدها، فإن أراد إمساكه بقسطه من الثمن فهو مبني على من ابتاع عينتين، فأراد أن يرد أحدهما بالعيب
- ٨٦٣- إذا ابتاع أمة حامل فعلقت في يد البائع ثم قبضها وولدت في يده ففسخ فيها لأجل العيب، فإنه يفسخ في الأم ويكون الولد له بغير عوض

رقم
المسألة

- ٨٦٤- إذا ظهر المشتري على عيب كان له الفسخ وإن لم يرض البائع
٨٦٥- خيار الرد بالعيب على التراخي
٨٦٦- إذا اشترى أمة فوطئها، ثم ظهر على عيب كان له الفسخ
٨٦٧- إذا ظهر المشتري على عيب بعد أن حدث عنده عيب، أو
بعد ما جنى على المبيع فله الفسخ
٨٦٨- إذا ابتاع مبيعا وظهر على عيب فله الخيار في الفسخ أو
الإسكاف والمطالبة بالأرض
٨٦٩- إذا ابتاع نقصان سلعة وظهر على عيب فأراد أحدهما الفسخ
دون الآخر فله ذلك
٨٧٠- إذا ابتاع سلعتين فظهر على عيب في إحداهما، فله الفسخ
فيها
٨٧١- إذا ابتاع طعاما فأكله، أو عبدا فقتله، ثم علم أنه كان به عيب
فله المطالبة بالأرض
٨٧٢- إذا ابتاع ثوبين أو عبيدين، وتلف أحدهما وظهر على عيب
في الآخر فأراد أن يرد، واختلفا في قيمة التالف، فالقول
قول المشتري
٨٧٣- إذا باع المشتري ما ابتاعه، فظهر الثاني على عيب، كان
المبيع من حين الشراء الأول، فإن المشتري الثاني يفسخ على
الأول، والأول على البائع
٨٧٤- إذا ابتاع ثوبا فصبغه ثم ظهر على عيب وأراد المطالبة
بالأرض، كان الخيار إلى البائع بين أن يرد البيع، وعليه قيمة
الصبيغ، أو يدفع الأرض
٨٧٥- إذا ابتاع عبدا جانيا، فالبيع صحيح سواء كانت خطأ أو عمدا
٨٧٦- إذا ابتاع عبدا على أنه كافر فخرج مسلما
٨٧٧- الزنا عيب في الغلام كالجارية
٨٧٨- إذا ابتاع حيوانا فحدث به عيب بعد العقد لم يملك الفسخ
٨٧٩- إذا ابتاع بشرط البراءة من العيوب كان الشرط باطلا، وسواء
كان العيب باطنا أو ظاهرا، علمه البائع أم لم يعلم
٨٨٠- إذا ابتاع جارية بشرط البراءة من الحمل، لم يصح الشرط
العبد لا يملك بالتملك كالبهيمة
٨٨١- الزيادة في الثمن بعد لزوم العقد لا تلحق به
٨٨٢- المبيع القاسد إذا اتصل به القبض لم يحصل فيه الملك
مسائل الاستبراء
٨٨٤- إذا كان له أمة يطأها فأراد بيعها فعليه الاستبراء
٨٨٥- إذا ابتاعها حائضا لم يعتد بتلك الحيضة
٨٨٦- وتكون الأمة في يد المشتري للاستبراء
٨٨٧- إذا حاضت المرأة بعد الابتداء حيضة في يد البائع أجزاء
المشتري
٨٨٨- إذا تبايعا ثم تقايلا، لزم البائع الاستبراء
٨٨٩- إذا ابتاع أمة فارتفع حبسها لا يدرى ما رفعه، استبرأت بعشرة
أشهر
فصل، فإن ابتاعها بشرط الخيار، ثم فسخ البيع، فعلى البائع
الاستبراء
فصل، فإن ابتاع أمة من عبده التاجر وقد حاضت في يده،
فلا استبراء على السيد
فصل، فإن كان المكاتب ابتاع من يعتق عليه واستبرأهم ثم
عجز أجزاء ذلك الاستبراء عن السيد،
٨٩٠- إذا كان له أمة يطأها، فوطئها، أختها، حرمنا جميعا حتى تحرم
أحدهما ببيع ونحوه، فإن لحقت بدار الحرب أبيحت له
الأخرى

رقم
المسألة

- ٨٩١- يكره بيع ده يازداد، أو ده دوازداد، ومعناه: بعتك بمائة وأربع
لكل عشرة درهم
٨٩٢- إذا باعها تولية أو مرابحة، ثم بان أن البائع خافه، فللمشتري
إسقاط الزيادة ويمسك بالباقي
فصل، فإن باع رباعا ثم قال: غلطت وأخبرت بنقصان من
الثمن فالقول قوله
٨٩٣- إذا ابتاع سلعتين صفقة واحدة، لم يبع أحدهما مرابحة
٨٩٤- إذا ابتاع سلعة قد ربح فيها وأراد أن يبيعه مرابحة، فإنه يضع
الربح من الثمن الثاني
٨٩٥- لا يجوز بيع لبن آدميات
٨٩٦- إذا باع سلعة بثمن مؤجل، لم يجز أن يعود يبتاعها بانقص
منه حالا
فصل، فإن ابتاعه بغير الجنس صح البيع وإن كان انقص
قيمة من الثمن الأول
فصل، فإن باعه من أبيه أو ابنه بدون ذلك الثمن جاز
فصل، فإن باعه لوكيل البائع بانقص من الثمن لم يجز
٨٩٧- إذا تناولت الصفقة محظور ومباح، صح العقد في أحدهما
وبطل في الآخر
٨٩٨- إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن، وكانت السلعة قائمة
تحالفا
فصل، ويبدأ بيمين البائع
فصل، فإن اختلف ورثة المتبايعين كل فالحكم فيه
كاختلاف المتبايعين
٨٩٩- إذا اختلفا في الأجل والخيار، أو ضمن، أو رهن، تحالفا كما لو
اختلفا في مقدار الثمن
٩٠٠- إذا باعه عبدا بشرط العتق، فالبيع صحيح والشرط لازم
٩٠١- يجوز استثناء منفعة المبيع أو البائع
٩٠٢- إذا ابتاع فهدا على أنه صيودا، أو أداية على أنها هملاجة
فالبيع والشرط صحيحان
٩٠٣- لا تجوز المعاوضة على عيب الفحل
٩٠٤- إذا قال بعتك الدار بفضاء، فالبيع باطل
٩٠٥- لا يصح بيع العنب لمن يتخذ خمرا
٩٠٦- يكره بيع المصحف
٩٠٧- بيع الحاضر للبادي باطل بشرائط
٩٠٨- إذا باع من يلزمه فرض الجمعة بعد الأذان، وهو الأذان الذي
يكون والإمام على المنبر فالبيع باطل
٩٠٩- بيع النعش مكروه وهو صحيح
٩١٠- البيع الموقوف على الإجازة باطل
فصل، إذا ثبت أن البيع لا يقف على الإجازة، فالشراء إن كان
في الذمة وقف على الإجازة وإن كان تعيين المال فهو كالبيع
٩١١- لا يجوز بيع الصوف على الظهر
٩١٢- لا يجوز بيع السرجين النعش
٩١٣- لا يجوز بيع الكلب
٩١٤- الكافر لا يصح شراء لعبد مسلم
٩١٥- بيع رباع مكة لا يجوز
٩١٦- لا يجوز بيع الزيت النعش
٩١٧- يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشتري.
٩١٨- إذا جعل الثمن ألف مثقال ذهباً وفضة فهو مجهول والبيع
باطل
٩١٩- الإقالة فسخ

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ٩٤٧- إذا كان رأس المال في السلم ألف درهم فقبضه بعضه وقاصه بالباقي مما في ذمته صح السلم في المقبوض دون غير. وهكذا إن قبضه البعض وأحاله بالباقي
- ٩٤٨- يملك المطالبة بالأرض عن العيب في السلم فيه
- ٩٤٩- إذا تقايلا عقد السلم لم يملك المسلم التصرف في الثمن حتى يسترجعه المسلم إليه
- ٩٥٠- إذا أسلم إليه في ثوب فأتاه بأجود منه وقال: ادفع إلي الأرض أعني قيمة الزيادة بالجودة، لم يجز ذلك وإن تراضيا عليه
- ٩٥١- لا تجوز الشركة ولا التولية في السلم فيه
- ٩٥٢- إذا دفع المسلم إليه إلى المسلم ذهباً وقال ابتع طعاماً واستوف حقلك من تحت يدك جاز
- ٩٥٣- إذا ابتاع من رجل طعاماً بيعته ودفع إليه غرانر وقال: ضعه فيها فملك، فهو من ضمان المشتري.
- ٩٥٤- شرط مكان الإبقاء في السلم ليس بواجب ولا مستحب، وهل يجوز أم لا ؟
- ٩٥٥- لا يجوز استئصال القمامق أو الخفاف والطسوت والأباريق
- ٩٥٦- إذا أسلم في سبعة دراهم ثم بان أنها زيوف أو بعضها بطل العقد فيما وقع فيه الرد
- ٩٥٧- إذا ابتاع طعاماً مكايلاً لم يجز بيعه قبل كيله وهكذا في جميع الأشياء
- ٩٥٨- لا يجوز التسعير على الناس
- كتاب الرهن**
- ٩٥٩- يصح الرهن في الحضر
- ٩٦٠- لا يصح الرهن قبل وجوب الحق
- ٩٦١- لا يلزم الرهن بمجرد القول
- ٩٦٢- يصح رهن المشاع
- ٩٦٣- لا يملك الراهن الانتفاع بالرهن
- ٩٦٤- إذا رهن الغائب المغضوب سقط عنه ضمانه
- ٩٦٥- إذا رهنه عبيدين بالف فمات أحدهما، بقي الآخر رهن بالدين
- ٩٦٦- عتق الراهن ينقذ
- ٩٦٧- إذا واه المرتهن الجارية المرهونة ولم يدع الجهل بالتحريم فعليه الحد
- فصل: فإن وطنها بإذن الراهن وادعى الاعتقاد بالإباحة فلا حد ولا مهر
- فصل: فإن جاءت بولد فهو حر وليس عليه قيمته
- ٩٦٨- إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن. فإن الثمن يكون رهناً
- ٩٦٩- فإن أذن له في بيعه بشرط أن يكون الثمن رهناً صح البيع والشرط
- فصل: فإن أذن له في بيعه على أن يعجل له الدين فالبيع صحيح والشرط باطل
- ٩٧٠- يصح رهن العبد الجاني
- ٩٧١- إذا رهنه عبداً بألف ثم استدان ألفاً أخرى لم يكن رهناً بهما بل بالأقالة
- ٩٧٢- إقرار الراهن على الرهن بجنائية لا يصح
- ٩٧٣- يصح رهن المذموم والمعلق عتقه بصفة
- ٩٧٤- يصح رهن الأشياء الرطبة التي يسرع الفساد إليها
- ٩٧٥- إذا رهنه عصيراً فصار خمرًا بطل الرهن وزال الملك، فإن زالت الشدة عاد الملك والرهن

- فصل: فإن تقايلاً بزيادة من الثمن أو نقصان لم تصح الإقالة
- ٩٢٠- تصح الإقالة في بعض المسلم فيه
- ٩٢١- إذا كان السفل لمالك والعلو لآخر فاستهدم العلو وأراد مالكه بيعه صح ذلك
- ٩٢٢- لا يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم
- فصل: فإن وجد التفريق المنهي عنه فالباع باطل
- فصل: ولا يجوز ذلك قبل البلوغ ولا بعده
- فصل: فإن ابتاع جارية وولدها ثم ظهر على عيب بأحدهما ردهما أو أمسكهما
- فصل: ولا يفرق بينهما إذا تعلق بأحدهما حق مال كالجنائية والدين ونحوهما
- ٩٢٣- إذا قال العبد لرجل ابتاعني وابتاعه، فإذا سيد قد أعتقه فالضمان على السيد
- ٩٢٤- يجوز بيع النحل مضرداً عن كواراتها إذا شاهدها في الكورات
- ٩٢٥- إذا وكله في أن يشتري له طعاماً فاشتري دقيق الحنطة، لم يلزمه قبوله
- ٩٢٦- إذا ابتاع نضسان عبداً وغاب أحدهما وجاء الآخر يطالب بخصته
- فصل: فإن قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع إلي جميعه، لم يكن له ذلك
- ٩٢٧- إذا اتفقا على بيع تلجنة ولم يلفظا بذلك عند العقد فالباع باطل
- ٩٢٨- إذا أظهرنا ثمننا وأبطننا خلافه، فالثمن هو الأول.
- ٩٢٩- إذا اشترى ثمرة فاجرة الجذاذ على المشتري
- ٩٣٠- بيع المريض من وارثه في مرض موته بثمن المثل صحيح
- ٩٣١- إذا استقرض فلوساً ذافقة ثم كسدت فعليه قيمتها
- ٩٣٢- إذا كان له في ذمته دين فقال له: تصدق به، أو حج به، عني لم يبرأ بذلك الفعل
- ٩٣٣- إذا شرط في القرض أجل لم يلزمه
- ٩٣٤- إذا أقرض صبياً أو عبداً فأهلكه، فلا ضمان على الصبي
- ٩٣٥- يجوز قرض الحيوان والثياب
- ٩٣٦- يجوز قرض الخبز ويقضيه عدداً
- ٩٣٧- إذا ابتاع سلعة بفلوس فكسدت، لم يبطل البيع وعليه قيمة الفلوس

كتاب السلم

- ٩٢٨- يصح السلم في المعدوم إذا كان موجوداً حين المحل
- ٩٢٩- السلم الحال لا يصلح
- فصل: ومن شرطه أجل له وقع في الثمن
- فصل: ولا يصح التقدير بالجذاذ والحصاد
- فصل: إذا تفرقا في السلم قبل قبض رأس المال بطل
- ٩٤٠- يصح السلم في الحيوان
- ٩٤١- يجوز السلم في اللحم
- ٩٤٢- يجوز السلم في الرؤوس والأطراف
- ٩٤٣- يجوز السلم في الخبز
- ٩٤٤- يجوز السلم في الأثمان إذا كان رأس المال غير الأثمان
- ٩٤٥- من شرط رأس مال السلم أن يكون معلوماً بوزن أو كيل أو عدد أو ذرع
- ٩٤٦- يصح السلم في الجوز والبطيخ والرمان والبيض. هل يكون بالوزن أو العدد

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ٩٧٦- فإن اختلفا فقال المرتهن قبضتيه خيرا. وقال الراهن بل عسيرا. فالقول قول الراهن
- ٩٧٧- إذا اشترط المرتهن بيع الرهن عند حلول الدين. فالشرط صحيح والرهن ايضا.
- ٩٧٨- إذا وكل الراهن للعدل في البيع عند الحلول ملك عزله
- ٩٧٩- إذا هلك ثمن الرهن تحت يد العدل فهو من ضمان الراهن فصل، فإن أذن للعدل في تسليم الثمن إلى المرتهن فأنكر المرتهن القبض فلا ضمان على العدل
- ٩٨٠- إذا كان الرهن في يد عدلين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه
- ٩٨١- إذا شرط في الرهن شرطا فاسدا لم يبطله
- ٩٨٢- إذا رهنه رهنا مجهولا لم يصح
- ٩٨٣- إذا شرط في البيع رهنا فاسدا بطل البيع
- ٩٨٤- لا يصح أخذ الرهن والضمين بالمسلم فيه
- ٩٨٥- لا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة
- ٩٨٦- يجوز تزويج المرهونة
- ٩٨٧- نماء الرهن يتبعه
- ٩٨٨- إذا اختلف المترهنان في قدر الدين فالقول قول الراهن
- ٩٨٩- الرهن امانة
- ٩٩٠- إذا غاب الراهن وانفق المرتهن على الرهن لم يكن متطوعا
- ٩٩١- إذا جنى الرهن على المرتهن فالجناية مضمونة تتعلق برقبة الرهن
- ٩٩٢- إذا جنى الرهن ففقد المرتهن مع غيبة الراهن احتسب به
- ٩٩٣- فإن قتل الرهن فاختر السيد القصاص ومنع المرتهن. فالقول قوله
- ٩٩٤- لا يجوز تحليل الخمرة. فإن خللت لم تحل
- كتاب الإفلاس والحجر
- ٩٩٥- إذا أفلس المشتري بالثمن فالبايع أحق به (٢) بثلاثة شرائط، أن لا يكون قبض من الثمن شيئا، وأن تكون السلعة قائمة ببيعها. وأن لا يموت المشتري. فإن وجد أحد هذه الخصال فهو كأسوة الغرماء
- فصل، فإن تغير المبيع بان كان حنطة فطحنها، أو غزلا فنسجه. أو دقيقا فخبزه سقط الضخ
- فصل، ويرجع بالنماء المنفصل
- فصل، فإن بذل الغرماء للبايع الثمن. لم يلزمه قبوله
- ٩٩٦- إذا امتنع المقل من قضاء دينه. حجر الحاكم عليه وباع أمواله وقضى دينه
- ٩٩٧- المحجور عليه بفلس ينفذ عتقه
- ٩٩٨- الإفلاس لا يوجب حلول الديون المؤجلة
- فصل، وكذلك الموت
- ٩٩٩- وتؤجر منافع المقل في قضاء دينه
- ١٠٠٠- ولا يباع عليه ما لا غنى له عنه كعبده الذي يحتاج إلى خدمته. وداره التي يسكنها
- ١٠٠١- تسمع البينة على الإعسار قبل الحبس
- ١٠٠٢- إذا أقام المقل البينة بإعساره لم يستحلف
- ١٠٠٣- إذا ثبت عند الحاكم إعساره فأخرجه. لم يكن للغرماء ملازمته - يعني يمشون معه يقفون على تصرفاته
- ١٠٠٤- إذا حجر عليه دفتين ثم وجد له مال. فالغرماء فيه سواء
- ١٠٠٥- الإنابات علامة على البلوغ
- ١٠٠٦- حد البلوغ بالسنة خمسة عشر سنة
- ١٠٠٧- إذا بلغ الغلام رشيدا في ماله دفع إليه
- ١٠٠٨- إذا بلغ ميذرا لم يدفع إليه ماله ولا تصح تصرفاته ولا إقراره
- ١٠٠٩- يبدأ الحجر على البالغ إذا طرأ عليه التبذير
- ١٠١٠- لا يملك الحجر عن الجارية بنفس البلوغ حتى تتزوج وتلد ولدا. أو يحول عليها الحول في بيته
- ١٠١١- لا يجوز للمرأة أن تتصرف في الزائد على ثلثها بغير عوض إلا بإذن زوجها
- ١٠١٢- إذا أقر المحجور عليه لسفه بدين اتبع به إذا فك عنه الحجر
- ١٠١٣- إذا بلغ الغلام رشيدا أنفك عنه الحجر
- كتاب الصلح
- ١٠١٤- يصح الصلح على الإنكار
- فصل، ويصح عن المجهول
- ١٠١٥- إذا أتلف عبد يساوي مائة فصالحه على مائة وعشرة. لم يجز
- فصل، فإن صالحه على مائة مؤجلة لم يصح
- ١٠١٦- إذا صالحه عن دم العمد على عبد فخرج حرا رجع إلى قيمته
- ١٠١٧- لا يجوز إخراج الميازيب والطلال والأجنحة إلى الطريق الأعظم
- ١٠١٨- لا ترجح الدعوى بوجوه الأجر ومعاقد القمط
- فصل، ولا ترجح بالطروح
- ١٠١٩- إذا اختلف صاحب العلو والسفل في السقف فهو بينهما
- ١٠٢٠- يجوز للجار أن يضع خشبة على جدار جاره
- ١٠٢١- إذا كان العلو لرجل ولاخر السفلى واستهدم. أجبر صاحب السفلى على البناء. وهكذا الحائط المشترك. والنهر. والقناة. والدولاب. ونحو ذلك
- ١٠٢٢- إذا كان أحد السطحين أعلى من الآخر. فعلى مالكة التزام مؤونة السترة
- ١٠٢٣- يمنع الإنسان من التصرف في ملكه على وجه يضر بجاره كجعل داره حماما أو مقصورة. أو نحو ذلك
- كتاب الحوالة والضمنان
- ١٠٢٤- لا يعتبر رضا المحتال
- فصل، ولا يعتبر رضا المحال عليه
- ١٠٢٥- إذا توى المال على المحال عليه لم يرجع على المحيل. وذلك بأن يكون مقلسا. أو يجحد ويحلف
- مسائل الضمان
- ١٠٢٦- يصح الضمان بغير قبول الطالب ورضاه
- ١٠٢٧- الضمان لا ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه
- فصل، فإن ضمن بغير إذن رجع به على المضمون عنه
- ١٠٢٨- يصح ضمان المجهول وما لم يجب
- ١٠٢٩- يصح ضمان دين الميت
- ١٠٣٠- الكفالة بالثمن جائزة
- ١٠٣١- إذا تكفل بدين محبوس أو غائب صحت الكفالة
- ١٠٣٢- إذا تكفل بدين إلى مدة فهرب عندها. فعليه ما على المكفول به
- ١٠٣٣- لا تصح الكفالة بدين عليه حد
- ١٠٣٤- إذا تكفل بدين في بلد ثم سلمه في آخر فيه سلطان، فإنه يبرا من الكفالة

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١٠٦٣- إذا تفاخسا عقد المضاربة والمال دين على الناس أجبر العامل على اقتضائهما وتسليمهما إلى رب المال
- ١٠٦٤- إذا اشترط جميع الربح لاحدهما بطلت المضاربة وللعامل أجرة المثل
- ١٠٦٥- تجوز المسافرة في المضاربة المطلقة ما لم ينهه يجوز أن يدفع إليه مالا بعضه شركة وبعضه مضاربة
- ١٠٦٦- فصل: فإن ضاربه على أن يستدين على مال المضاربة ويكون الربح بينهما صح ذلك
- ١٠٦٧- إذا ابضع العامل في المضاربة بالمال. أو ضارب به. أو أودعه. كان عليه الضمان
- ١٠٦٨- لا يصح شراء رب المال شيء من مال المضاربة
- ١٠٦٩- إذا ادعى المضارب على رب المال أنه اذن له في بيع النسينة وانكره فالقول قوله
- ١٠٧٠- قول المضارب أم رب المال ؟
- ١٠٧١- يستحق أجرة المثل في المضاربة الفاسدة
- ١٠٧٢- إذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر إن كان يضر بالاول. فإن فعل وبيع رد ما بيعه في المضاربة الأولى
- مسائل المأذون**
- ١٠٧٣- إذا اذن لعبده في تجارة خاصة لم يجز أن يتجر في غيرها
- ١٠٧٤- إذا رأى عبده يبيع ويشترى فلم ينهه. لم يكن ذلك اذنا له
- ١٠٧٥- إذا اذن لعبده في التجارة فلزمه دين فهو في ذمة السيد
- ١٠٧٦- دعوة العبد التاجر جائزة. وكذلك هديته وعاريته. فاما هبته لدارهم والدنانير وكسوته الثياب فلا
- ١٠٧٧- إذا ابقى المأذون له في التجارة لم يصير محجورا عليه
- ١٠٧٨- إذا اذن لأمته في التجارة ثم لحقها دين وانت بولد. لم تتعلق به
- ١٠٧٩- إذا باع المولى عبده المأذون له لم يصح البيع
- ١٠٨٠- يجوز للاب والوصي أن يأذن للصبي في البيع والابتياح
- كتاب الوكالة**
- ١٠٨١- تصح وكالة الحاضر من غير رضا خصمه
- ١٠٨٢- ينعزل الوكيل وإن لم يعلم بال عزل
- ١٠٨٣- يصح فسخ الوكيل للوكالة في غيبة من الموكول
- ١٠٨٤- اقرار الوكيل على موكله لا يصح
- ١٠٨٥- إذا كان الوكيل صبيا مميذا صح تصرفه
- ١٠٨٦- إذا باع الوكيل بدون عوض المثل مما لا يتغابن بمثله. فالبيع صحيح ويغرم الوكيل الزيادة. وقال ابو حنيفة: البيع صحيح ولا غير
- ١٠٨٧- فصل: فإن باع نسينة لا يجوز
- ١٠٨٨- إذا وكله في شراء عبد. فاشترى عبدا اعمى أو مقطوع اليدين والرجلين. لزم في حق الوكيل
- ١٠٨٩- فصل: فإن وكله في بيع عبد فباع نصفه. لم يصح البيع
- ١٠٩٠- إذا أبرأ الوكيل المشتري من الثمن لم يبرأ
- ١٠٩١- حقوق العقد تتعلق بالموكول دون الوكيل
- ١٠٩٢- الملك ينتقل من البائع إلى الموكول
- ١٠٩٣- إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين بدينار. كل واحدة تساوي دينارا. فالبيع لازم في الجميع
- ١٠٩٤- لا يجوز للوكيل أن يبتاع لنفسه من نفسه

- ١٠٩٥- إذا تكفل ببدن وقال: إن أتيتك به والا فلانا كفيل صحته
- الكفالة الأولى والثانية
- ١٠٩٦- إذا ضمن ذمي لذمي خمرًا ثم أسلم المستقرض برئ الضامن
- ١٠٩٧- إذا قال رجل لرجل: اقض فلانا بثلث درهم. ففعل ذلك وسلمها إليه. كاذب على الامر
- ١٠٩٨- لا يصح شرط الخيار في الكفالة والضمان
- كتاب الشركة
- ١٠٩٩- تصح الشركة قبل الاختلاط اذا عيذا المال وأحضرا. وإن كان مال كل واحد منهما في يد
- فصل: فإن كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير صححت الشركة
- ١١٠٠- ويقسم الربح في الشركة على ما اصطلاحا عليه
- ١١٠١- إذا اشركا شركة فاسدة ثبت المسمى
- فصل: ولا يستحق كل واحد منهما في مقابلة عمله أجرة
- ١١٠٢- إذا شرط أن الوضعية بينهما اثلاثا مع تساوي المال. فالشركة صحيحة والوضعية على قدر المال
- ١١٠٣- إذا اشركا في المال جاز لكل واحد منهما التصرف فيه بالبيع والابتياح من غير استئذان في التصرف
- ١١٠٤- توكيل الشريك والمضارب صحيح
- ١١٠٥- شركة الأبدان جائزة عملا في موضع أو موضعين. وسواء عملا أم أحدهما وما كان من فضل فهو بينهما
- فصل: وتصح على الاحتشاش والاحتطاب
- ١١٠٦- شركة الوجود جائزة
- ١١٠٧- إذا شرط أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر والأجرة بينهما نصفان صح ذلك
- ١١٠٨- إذا قال: ما اشتريت من شيء فهو بيني وبينك. ولم يذكر وقتا ولا المال الذي يشتري به. ولا نصفا من المال جاز ذلك
- ١١٠٩- الوكيل في بيع العبد لا يملك أن يبيع نصفه
- ١١١٠- إذا كان لأحد الشريكين دين على رجل. فأخر أحدهما حصته جاز
- ١١١١- الشركة على العروض باطلة
- ١١١٢- لا تصح المضاربة بالمال المغشوش
- ١١١٣- إذا قال: بعت هذه العروض وضارب بثمانها صححت المضاربة
- ١١١٤- إذا شرط على المضارب أن لا يبتع إلا من بلد بعينه. أو رجل بعينه. أو سلعة بعينها صححت المضاربة ولم يتعد ما شرطه
- ١١١٥- المضاربة المؤقتة صحيحة
- ١١١٦- إذا دفع إلى فنيشين مالا مضاربة جاز أن يشترط لاحدهما من الربح أكثر مما يشترط للآخر
- ١١١٧- نفقة المضارب في حال سفره على نفسه
- ١١١٨- إذا كان المضارب حاضرا فشرط نفقة على رب المال. صح الشرط
- فصل: فإن أنفق من مال نفسه ثم ادعى ذلك فالحق قوله
- ١١١٩- إذا مات المضارب ولم تعرف المضاربة بعينها. فأنها تصير ديناً
- ١١٢٠- إذا شرط ضمان المال على المضارب لم تبطل المضاربة
- ١١٢١- إذا اشترى المضارب أبا رب المال. أو أمه. أو من يعتق عليه صح الشراء. وهكذا إذا اشترى أحد الزوجين. وهكذا المأذون له في التجارة

رقم
المسألة

- ١٠٩٢ - يجوز لو كليل استيفاء الحدود بغيبة من موكله
١٠٩٣ - إذا وكله في بيع فاسد لم يصح أن يبيع صحيحا
١٠٩٤ - يصح تعليق الوكالة بالشرط لقدم زيد ومجن الشهر
١٠٩٥ - إذا أقر بحق الغائب وأن فلانا وكيله. لم يلزمه تسليمه إليه
فصل: فإن أنكر الوكالة لم يلزمه اليمين
فصل: فإن صدقه ودفع إليه ثم حضر صاحب الحق وأنكر
الوكالة: فالقول قوله. ويطالب للمقر بالدين
١٠٩٦ - يجوز للحاكم أن يسمع البينة ويثبت وكالة حاضر بمطالبة
الغائب
١٠٩٧ - إذا كان وكل نفسين في الخصومة لم يجز لأحدهما الانفراد
بها
فصل: لحق الوكيل بدار الحرب بعد رده لا تبطل
الوكالة
١٠٩٨ - إذا كانت دعوى الدين من وكيل صاحب الحق فاقام المشهود
عليه بالحق البينة بالبراءة يحكم بها
١٠٩٩ - الوكيل في الخصومة لا يكون وكيلًا في القبض
١١٠٠ - إذا شهد سيد الأمة على زوجها أنه وكل في طلاقها. لم يقبل
١١٠١ - الوكالة لا تثبت بخبر الواحد لمن غلب على ظنه صدقه
تصرف بشرط الضمان. وهكذا إن أخبره واحد بالعزل لم
ينعزل
كتاب الاقرار
١١٠٢ - يصح إقرار الصبي المأذون له في التجارة
١١٠٣ - إذا قال علي مال عظيم. رجع في تصديره إليه
١١٠٤ - فإن أقر بدارهم فاقبلها ثلاثة
١١٠٥ - إذا قال له: علي ألف ودرهم. وألف ودينار. كان المبهم من
جنس المفسر
١١٠٦ - إذا أقر بشيء. أو استثنى من غير جنسه لم يصح الاستثناء
١١٠٧ - إذا أقر بشيء واستثنى الأكثر لم يصح
١١٠٨ - إذا أقر بسكين في قراب. أو تمر في جراب. أو ثوب في
منديل. كان إقرارا بأحدهما دون الآخر
١١٠٩ - إذا قال له: علي كذا كذا درهما. لزمه درهم. فإن قال كذا
وكذا درهما
١١١٠ - إذا قال علي كذا درهما بالنصب. فإنه يكون إقرارا بدرهم
كما لو قال: كذا كذا درهما. وإن قال: كذا درهم بالخفض
لزمه بعض درهم
١١١١ - إذا أقر بدينون في مرض الموت وعليه ديون في الصحة
تحاصوا
١١١٢ - إذا قضى في مرض موته بعض غرماء الصحة دون بعض صح
القضاء
١١١٣ - إقرار المريض لو أثره في حال مرض موته لا يصح
١١١٤ - إذا أقر لنفسين أحدهما وارث بطل في حق الوارث خاصة
ويتخرج البطان في حقهما بناء على أن الصفقة لا تتبع
فصل: فإن أقر لزوجته التي لم يدخل بها بدين ثم طلقها.
ثم عاد عقد عليها. لم يصح الاقرار
١١١٥ - عقود المريض مع وارثه بعوض المثل صحيحة
١١١٦ - لا يصح إقرار العبد بقتل العمد المأذون له في التجارة
وغير المأذون
١١١٧ - إذا أقر العبد المأذون له في التجارة بما لا يتعلق بالتجارة
كالقرض وارش جنائية لم يصح إقراره

رقم
المسألة

- فصل: فإن حجر عليه السيد ثم أقر بدين لم يقبل
١١١٨ - إذا قال له درهم قدره. أو درهم بل درهم. لزمه درهمان
١١١٩ - إذا قال له درهم فوق درهم. أو درهم تحته درهم
بدرهمين
١١٢٠ - إذا أقر بدرهم بموطن وبدرهم بموطن آخر. كان إقرارا
بدرهم واحد
١١٢١ - إذا قال لفلان علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه. وقال
البائع: بل قبضته. فالقول قول المقر
١١٢٢ - إذا أقر بمال لحمل صح وإن لم يبين سبب الاستحقاق
١١٢٣ - إذا شهد واحد أنه أقر بالف وآخر بالثمن. ثبت ألف بلا
يمين والألف الأخرى بشاهد واحد. فإن حلف استحقها
وسواء عزياها إلى جهة أو أطلقا
١١٢٤ - إذا أقر أحد الاثنين بثالث قبل في حقه. فأخذ بثالث ما
في يده ولم يثبت النسب
فصل: والدلالة على أنه لا يلزمه إلا الثلث أن البينة أوكد
من الاقرار
١١٢٥ - إذا أقر بولد. ثم جاءت أمه بعد موت المقر تدعي
الزوجة لم يصدقها
١١٢٦ - إذا بعض الورثة يدين على الميت وأنكر اثباتون. لزمه
من الدين بقدر حصته
١١٢٧ - إذا قال لفلان: علي ألف درهم. ثم فسرها بالوديعة.
وقال المقر له: هذه الوديعة غير الألف المقر بها فالتقول
قول المقر له
١١٢٨ - إذا قال: هذا الثوب لزيد لا بل لعمر. أو قال: غصبت
من زيد لا بل من عمرو. وجب دفعه إلى الأول وعليه
قيمه للثاني
١١٢٩ - إذا أقر أنه سلم العين الموهوبة. ثم أنكر وقال: استحلقتوا
الموهوب له أنه قبض لم يكن له ذلك. وهكذا إذا أقر
بتسليم الرهن ثم أنكر. وهكذا في الثمن
١١٣٠ - إذا أقر بدين موجب وأنكر المقر له الأجل. فالقول قول
المقر مع يمينه
١١٣١ - إذا أقر المكاتب بجنائية خطأ لزمه. فإن عجز بيع فيها إن
لم يفده المولى
١١٣٢ - إذا أقر في مرضه بالف درهم لقطة ولا مال له غيره.
يصدق بجميعه
١١٣٣ - إذا قال: هذا العبد شركة بيني وبين فلان. أو له فيه
شركة أو شرك. رجع إلى تفسيره
١١٣٤ - إذا قال: داري أو عبيد لي لفلان. أو في مالي لفلان ألف
درهم. لزمه ذلك
١١٣٥ - إذا كان له جارية فاعتقها. أو جنى عليها. أو أخذ منها
مالا واختلف. فقللت الجارية. كان ذلك بعد الحرية. وقال
السيد: قبلها. فالقول قوله
١١٣٦ - إذا قال لفلان علي مائة درهم ولا لفلان. أو قال: لفلان
مائة درهم ولا لفلان مائة دينار. لزمه للأول دون الثاني.
وبه قال محمد بن الحسن
١١٣٧ - إذا أقر المريض باستيفاء ديونه قبل منه
١١٣٨ - إذا قال له: علي ألف إن شاء الله. لزمه الاقرار
١١٣٩ - إذا قال: كان له علي ألف وقضيته إياها قبل منه ولم
يلزمه شيء

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١١٤٠- إذا قال : لفلان علي ألف في علمي أو فيما أعلم، لزمه ما أقرب به
- ١١٤١- إذا قال : له من درهم إلى عشرة، لزمه تسعة دراهم
- ١١٤٢- إذا أقربت المرأة بالزوجية فأنكرها الرجل، ثم اعترف بعد موتها قبل منه وورثها، وهكذا إذا أقر الرجل وكذبت المرأة
- ١١٤٣- إذا كان في يد رجل أمة فقالت : أنا أم ولد، لزيد، أو مدبرته، أو مكانبته، فحسدتها زيد أو كذبها الذي هي في يده قبل قوله
- ١١٤٤- إذا تزوجت المجهولة النسب ثم أقرت بالرق، قبل قولها في الرق ولا يقبل في زوال النكاح واسترقاق الأولاد، ولا في ولد تاتي به بعد ذلك لدون ستة أشهر
- كتاب العارية
- ١١٤٥- إذا أعاره أرضا أو غيرها، ملك المعير الرجوع قبل الانتفاع
- ١١٤٦- العارية مضمونة
- ١١٤٧- إذا استعار دابة ثم ردها إلى الأسطبل، لم يسقط عنه ضمانها
- ١١٤٨- إذا أعار أرضا عارية مطلقة ليبني فيها المستعير أو يقرس للمعير إخراجها منها
- ١١٤٩- لا يجوز للمستعير أن يعير ما استعاره
- كتاب الوديعة
- ١١٥٠- إذا سلم الوديعة إلى بعض عبائه الذي في داره كزوجته وخادمه ثم هلك فلا ضمان عليه
- ١١٥١- إذا أراد أن يسافر وعنده وديعة والطريق مخوف، لم يجز إيداعها عند غير الحاكم مع القدرة عليه
- ١١٥٢- إذا سافر بالوديعة فهلك، فلا ضمان عليه إذا كان الطريق أمنا ولم ينهه مالكها عن المسافرة
- ١١٥٣- إذا قال صاحب الوديعة : ضعها في هذا البيت دون هذا فخالف ضمانها، وكذلك في الدار
- ١١٥٤- إذا أودع الوديعة فهلك فلا ضمان تضمين من شاء
- ١١٥٥- إذا تعدى في الوديعة لم يزل عنه الضمان بفعله
- ١١٥٦- إذا حل الكيس الذي فيه الوديعة أو الصندوق ثم هلك، فعليه الضمان
- ١١٥٧- إذا استودع رجل صبيا مميذا شيئا فأكله أو اتلفه، فعليه الضمان
- ١١٥٨- إذا أودع الحر عبدا وديعة فاهلكها ضمانها في الحال
- ١١٥٩- إذا قبل الوديعة ببينة قبل قوله في ردها بغير بينة
- ١١٦٠- إذا أذن صاحب الوديعة لمن هي عنده أن يدفعها إلى زيد فقال : قد دفعتها وانكر زيد، فالتقول قول المودع
- ١١٦١- إذا دفع إلى رجل بهيمة على طريق الإيداع ولم يأمره بالانقطاع عليها، لزمه الانقطاع، أو يرفع أمرها إلى الحاكم ليرى رايه في ذلك
- ١١٦٢- إذا كان في يده وديعة وأدعاهها نفسان وقال : هي لا أحدهما لا أصرفه عبدا ولم يدعها عليه العلم فلا يمين عليه
- فصل : ويجب أن يقرع بينهما فتسليم إلى أحدهما بالقرعة
- ١١٦٣- إذا سرقت الوديعة، لم يكن للمودع المطالبة إلا بتوكيل من مالكيها
- كتاب الغصب
- ١١٦٤- في عين الفرس ربع القيمة، وفي العينين ما نقص
- ١١٦٥- الجناية على حمار القاضي كالجناية على حمار الشوكي
- ١١٦٦- إذا جنى على عبده يقصد به التمثيل عتق عليه
- ١١٦٧- إذا جنى على ملك غيره جناية أذهبت منفعة مقصودة كقطع يد العبد، أو تحريق الثوب تحريقا فاحشا، لم يلزمه إلا الأرش
- ١١٦٨- إذا جنى على العبد جناية أوجبت جميع القيمة كقطع العينين، وقطع اليدين ونحوهما ملك أساكه والمطالبة بالقيمة
- ١١٦٩- إذا غصب ما لا مثل له واتلفه ضمنه بقيمته يوم الاتلاف
- فصل : فإن غصب ماله مثل كالتمكيل والموزون ثم اتلفه وتعدرت مثله، فعليه القيمة يوم تعدر المثل
- ١١٧٠- الزيادة التي تحدث في يد الغاصب في البدن كالسمن والحمل أو في الأثر كالصنعة فهي مضمونة
- ١١٧١- حمل المغصوبة مضمون
- ١١٧٢- إذا غصب أمة فولدت في يده فنقصتها الولادة، لم يجبر النقص بقيمة الولد
- ١١٧٣- المنافع تضمن بالغصب
- ١١٧٤- إذا أكرام امرأة على الزنا، فعليه المهر والحد
- ١١٧٥- إذا ضمن المغرور قيمة أولاده فلا اعتبار بقيمتهم يوم الولادة
- ١١٧٦- يرجع المغرور على من غره بالمهر
- ١١٧٧- المغرور يضمن أولاده بمثلهم من العبيد
- ١١٧٨- العقار يضمن بالغصب
- ١١٧٩- إذا غصب أرضا فزرعها ثم أدركها صاحبها، فإن شاء أقره إلى الحصاد بالأجرة، وإن شاء أخذ الزرع بقيمته أو نفقته
- ١١٨٠- إذا غصب العين المغصوبة لم يملكها بذلك كالشاة يذبحها ويشويها، والدقيق يخبز ونحوهما
- ١١٨١- إذا غصب طعاما فأصابه عنده نداوة فعضن، فإن كان قد استقر عفتنه ضمنه الأرض وإلا جميع القيمة
- ١١٨٢- إذا غصب طعاما وأطعمه لمصاحبه وهو لا يعلم لم يسقط ضمانه
- ١١٨٣- إذا فتح القميص عن الطائر فطار فطار ضمنه، وهكذا في العبد والدابة إذا حل رباطهما
- ١١٨٤- إذا غصب ساجدة فبني عليها لزمه ردها
- ١١٨٥- إذا غصب عبدا فأبق منه ودفع قيمته ثم قدر عليه سلمه إلى صاحبه ورجع في القيمة
- ١١٨٦- إذا غصب ثوبا فصبغه وأراد الغاصب قلع الصبغ، كان له ذلك بشرط أن يضمن ما ينقص الثوب
- فصل : فإن قال الغاصب : يباع ويقسم الثمن بيننا على قدر القيمتين، وقال صاحب الثوب : بل يقطع، لم يجبر على قلعه ويباع
- فصل : فإن غصب خشب فعمله بابا، أو غزلا فنسجه ثوبا، أو ثرابا فضربه لبنا، فهل يكون شريكا يبنني على الأعبان ؟
- ١١٨٧- إذا حضر بئرا في الأرض الغصب، ثم جاء صاحبها فانتزعها، فللغاصب طمها.
- ١١٨٨- إذا غصب ثوبا فوهبه فأحرقه الموهوب له، كان للمالك أن يضمن أيهما شاء إلا أنه إذا ضمن الموهوب له رجع على الغاصب
- ١١٨٩- أم الولد تضمن بالغصب

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١١٩٠ - إذا كسر آلة اللهو لم يضمنها
١١٩١ - إذا أراق على ذمي خمرا، فلا ضمان عليه
١١٩٢ - إذا خلط المغصوب بما لا يتميز كالدرهم بالدرهم، والأدهان بمثلها، فهما على الشركة، فإن بيع قسم الثمن بينهما
١١٩٣ - إذا غصب أمة فعلفت عنده منه أو من غيره وماتت في التناس، فعليه الضمان
- كتاب الشفعة**
١١٩٤ - الشفعة لا تستحق بالجوار
١١٩٥ - لا شفعة في الثمار
١١٩٦ - إذا ابتاع الأرض بشجرها وثمرها فالشفعة في الجميع إلا الثمرة
١١٩٧ - دار بين أخوين وعم ورثاها عن الجد، باع أحد الآخرين، فالشفعة لأخيه وعمه
١١٩٨ - الشفعة على قدر الأنصاء
١١٩٩ - خيار الشفعة موقوف على المجلس
فصل: الدلالة على أنه لا يثبت بعد المجلس أنه قام قبل المطالبة أنه بعد إذا أخرها أكثر من سنة.
١٢٠٠ - الامساك عن المطالبة بعد الأشهاد لا يسقط حقه
١٢٠١ - خيار الشفعة لا يورث
١٢٠٢ - إذا بنى المشتري أو غرس فللشفيع الأخذ بالثمن والبناء والفراس بالقيمة .. إلا أن يمتنع المشتري من تسليم ما أحدثه فيقلعه ويفرم للشفيع ما نقصت الأرض بالقلع
١٢٠٣ - لا شفعة فيما لا يمكن قسمته
١٢٠٤ - إذا أسقط بعض الثمن بعد التفرق لم يثبت ذلك الإسقاط في حق الشفيع، بل يأخذ بالثمن الأول
١٢٠٥ - إذا أقر المشتري أن الثمن ألف، ثم أقام البائع البيعة أن الثمن ألفان أخذت الشفعة بالألف
١٢٠٦ - لا ينتزع الشفع الشقص من يد البائع بل يأخذه من المشتري أو من يد الحاكم إن استنعى المشتري من قبضه
١٢٠٧ - إذا خرج المستحق مستحقا فعهدة الشفع على المشتري سواء أخذه من يده، أو من البائع، ولا تبطل الشفعة بأخذه من يد البائع
١٢٠٨ - لا شفعة للذمي على مسلم
١٢٠٩ - إذا تباع الذميان بخمر، فلا شفعة لمسلم
١٢١٠ - لا شفعة في الشقص الممهور، وقوله الممهور أي الذي دفع مهرًا لامرأته
١٢١١ - دار بين ثلاثة، باع نفسان لواحد اجنبي، فللشريك مطالبته بالشفعة في إحدى الحصتين
١٢١٢ - إذا ترك الأب أو الوصي المطالبة بشفعة الصبي، والحظ في المطالبة لم تسقط الشفعة
١٢١٣ - إذا كان الثمن مؤجلا أخذت الشفعة مؤجلا إذا كان مليا
١٢١٤ - إذا كان المبيع بشرط الخيار، فلا شفعة فيه حتى ينقضي الخيار
١٢١٥ - إذا أوقف الشقص سقطت الشفعة
١٢١٦ - إذا توكل الشفع لأحد المتبايعين لم تسقط شفيعته
فصل: فإن ضمن لأحد المتبايعين العهدة أو جعل إليه الخيار فاختار الأضياء لم تسقط شفيعته
١٢١٧ - لا تثبت الشفعة في الموهوب أو المتصدق به إلا أن يقابله عوض
- ١٢١٨ - لا يجوز أخذ العوض على الشفعة
١٢١٩ - إذا تهدم البناء فالشفيع يأخذ الباقي بقسطه من الثمن
١٢٢٠ - لا يجوز للمتبايعين أن يحتالا لإسقاط الشفعة، وذلك نحو أن يعقدا عقدا هبة ويتوافقا على أن يعوضه في الثاني
١٢٢١ - إذا اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن وأقاما البيعة قدم بيعة الشفيع
١٢٢٢ - إذا جنى على شخص جنايتين أحدهما خطأ فصالحه منها على شقص فالشفعة في بعضه
١٢٢٣ - إذا باع المريض في مرض موته لوارثه استحق فيه الشفعة
١٢٢٤ - إذا باع المرتد ثم أنه مات على الردة أو قتل، فهل يستحق لذلك شفعة ؟
١٢٢٥ - إذا أقر البائع بالتبائع وأنكر المشتري، فلا نص فيه، ويحتمل أن لا تجب الشفعة
- كتاب الإجازات**
١٢٢٦ - لا يجوز فسخ الإجارة لعذر في غير المعقود عليه
١٢٢٧ - تملك الإجارة بالعقد، ويطالب بها بعد تسليم العين، وتستقر بانقضاء المدة
١٢٢٨ - الإجارة لا تنسخ بموت أحد المتعاقدين
١٢٢٩ - إذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم لزممت في الشهر الأول وما بعده فيلزم بالدخول فيه
١٢٣٠ - إذا قال: أجزتكم شهرا بدرهم بطل ولم يحمل على ما يتعقب العقد،
١٢٣١ - إذا وقعت الإجارة على شهر رمضان في شهر رجب صح العقد
١٢٣٢ - يجوز عقد الإجارة على مدة تزيد على سنة
١٢٣٣ - إذا وقعت الإجارة على سنين بأجرة واحدة، ولم يبين قسط كل سنة صحت الإجارة
١٢٣٤ - إذا استأجر دابة ليخرجها إلى بلد بعينه، وقبضها ومضى زمان يمكن تسجيرها فيه، استقرت الأجرة
١٢٣٥ - إذا انقضت مدة الإجارة لم يلزم المستأجر رد العين حتى يطالب بردها وليس عليه أجرة الرد
١٢٣٦ - يجوز بيع العين المؤجرة
١٢٣٧ - لا يجوز إجارة المشاع إلا أن يؤجره من شريكه، أو يؤجر الشريكان من واحد، فإن أجز المالك الشيء لنفسيين لم يجز
١٢٣٨ - يجوز الاستئجار على استيفاء القصاص
١٢٣٩ - الأجرة في استيفاء القصاص على المقتص منه
١٢٤٠ - لا يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وهكذا على الحج والأذان
١٢٤١ - لا يجوز أخذ الأجرة على الحجامة، فإن أخذ من غير شرط فإنه يعلفه ناضحه ويعلمه الرقيق
١٢٤٢ - يجوز شرط الخيار في الإجارة
١٢٤٣ - إذا استأجر عينا ملك إجازتها بزيادة عما استأجرها
١٢٤٤ - يجوز أن يؤجر ما استأجره من مؤجره
١٢٤٥ - يجوز أن يستأجر سكنى دار يسكنى دار، وهكذا في العبيد
١٢٤٦ - لا يجوز الاستئجار بالطعام والكسوة
١٢٤٧ - يجوز استئجار الكتب للنظر

رقم
المسألة

- ١٢٧٢- يصح استئجار الرجل لزوجته لرضاع ولده
١٢٧٣- إذا استأجر بدراهم ثم دفع بها دنائير وتقابلا رجع بما تعاقدا عليه
١٢٧٤- إذا استأجر دابة إلى مسافة، فزاد عليها وهلك الدابة، فهي من ضمانه وأجرة الزيادة في المسافة
١٢٧٥- إذا منع المؤجر للمستأجر من تسليم المنفعة في أثناء المدة سقطت الأجرة فيما مضى
باب المساقاة
١٢٧٦- تجوز المساقاة على كل شجرة لها ثمرة
١٢٧٧- تجوز المساقاة على ثمرة موجودة
فصل: فإن اختلفا في العوض فالقول قول رب المال
١٢٧٨- أجرة الجاذ علىهما
فصل: فإن قلنا أنه عليهما، فشرطه على العامل جاز
باب المزارعة
١٢٧٩- تجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض للعامل ويشترط أن يكون البذر من رب الأرض والعمل واليقر من العامل، فإن شرط للبذر عليهما أو على العامل لم يصح
كتاب إحياء الموات
١٢٨١- إذا كانت الأرض ملكاً لقوم في دار الإسلام ثم باد أهلها وخربت لم تملك بالأحياء
فصل: فإن كان المخي الأول موجوداً لم يملكها الثاني رواية واحدة
١٢٨٢- إحياء الموات لا يحتاج إلى إذن الامام
١٢٨٣- الذي يملك بالأحياء
١٢٨٤- يجوز إحياء ما قرب من العامر إذا لم يتعلق بمصلحة، ويجوز للأمام أن يقطعه لمن يحييه
١٢٨٥- إذا احاط على الموات حائطا ملكه
١٢٨٦- حريم البئر المحترقة في الموات خمسة وعشرون ذراعا
١٢٨٧- يجوز للأمام أن يحمي الكلا لأبل الصدقة، ونعم الجزية وخيل المجاهدين
١٢٨٨- لا يملك الحشيش والكلا بملك الأرض ومن أخذ ملكه
١٢٨٩- يجب بذل ما فضل من الماء عن حاجته لزرع غيره
كتاب الوقف
١٢٩٠- ليس من شرط صحة الوقف أن يحكم به حاكم
فصل: إذا ثبت أن ليس من شرط حكم حاكم، فإن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه
١٢٩١- لا يعتبر في زوال ملك الواقف إخراج الوقف عن يده
١٢٩٢- يصح وقف المشاع
١٢٩٣- إذا جعل علو بيته مسجداً دون سفلته، أو سفلته دون علوه صح ذلك
١٢٩٤- إذا جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس في الصلاة صح الوقف
١٢٩٥- يصح وقف الحيوان، وكذلك كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
١٢٩٦- إذا شرط الواقف أن ينفق على نفسه طوال حياته جاز
١٢٩٧- إذا وقف على قوم ولم يجعل آخره للفقراء والمساكين صح
١٢٩٨- إذا قال: وقفت داري ولم يجعل لها وجهاً، فقياس المذهب الصحة وأصرافه في وجوه البر والخير
١٢٩٩- إذا وقف على عقبه، أو نسله، أو ولد ولده، أو على ذريته، أو ولد ولده لصلبه، لم يدخل فيه ولد البنات

رقم
المسألة

- ١٢٤٨- إذا استأجر رجلاً ليبيع له ثوباً بعيته أو يشتريه، صحت الإجارة
١٢٤٩- لا ضمان على الأجير المشترك ما لم تجن يده
فصل: والأجير المشترك يضمن ما جنت يده وهو إذا تخرق الثوب من الدق أو التخمير ونحو ذلك
١٢٥٠- إذا اختلف الخياط وصاحب الثوب في التفصيل، فقال الخياط: قباء، وقال الآخر: قميصاً، فالقول قول الخياط، وهكذا الاختلاف مع الصباغ في الصبغ
١٢٥١- إذا ادعى المستأجر لحمل شيء تلف ما حملة فالقول قوله
١٢٥٢- إذا عقد على الصبي الإجارة ثم بلغ لم يملك الضخ، وهكذا العبد إذا اعتق
١٢٥٣- إذا قبض العين المستأجرة إجارة فاسدة ثم انقضت المدة في يده استحق عليه الأجرة وإن لم ينتفع
فصل: وتكون الأجرة أجرة المثل بالغاً ما بلغت
١٢٥٤- إذا قال له: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فنصف، لم تصح الإجارة وله أجرة المثل
فصل: فإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فنصف، فالحكم فيه كالتي قبلها
١٢٥٥- إذا أذن لعبد في التجارة لم يملك إجارة نفسه
١٢٥٦- إذا ضرب البيعة المستأجرة ضرباً معتاداً فماتت، فلا ضمان عليه
١٢٥٧- إذا استأجر حملاً ليحج لم يصح حتى يشاهد المؤجر الراكبين والأغطية والأوطية
١٢٥٨- إذا ذكر أنه يحمل معه من الزاد مائة رطل، فإنه كل ما أكله أخذ بدله
١٢٥٩- إذا استأجر لحمل خمر لم يصح العقد
١٢٦٠- إذا أجر داره لمن يتخذها كنيسة أو يبيع فيها الخمر، لم يصح العقد سواء ذكر ذلك في العقد أو لم يذكره إلا أنه علم منه ذلك
١٢٦١- إذا استأجر دار ليصلي فيها، صحت الإجارة
١٢٦٢- يجوز استئجار الحائط لوضع الخشب إذا كان الخشب والمدة معلومتين
١٢٦٣- إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض غرس أو بناء، ولم يكن شرط القلع بعد المدة، لم يلزمه قلعها إلا بشرط ضمان ما نقص
١٢٦٤- إذا استأجر دابة يركبها جاز أن يؤجرها لمن يساويه في الطول والسمن
١٢٦٥- يستحق القصار الأجرة وإن لم يصرح بها ولا عرض
١٢٦٦- يكره إجارة الحلي بجنسه
١٢٦٧- يجوز كراء الأرض بالثلث أو الربع مما يخرج
١٢٦٨- يجوز كراء الأرض بجنس ما يخرج
١٢٦٩- إذا استأجر لزراعة الحنطة كان له أن يزرع الحنطة وما يقاربها في الضرر
١٢٧٠- إذا ألتف القصار أو الصباغ الثوب بعد إيقاع الصنعة فلصاحبه أن يضمه إليه بقيمته بالصنعة ويدفع إليه الأجرة: أو لا يعطيه الأجرة ويضمه إليه بقيمته قبل الصنعة
فصل: فإن استأجر ليحمل له جرة خل من الضرات إلى منزله، فانكسرت في الطريق، فله من الأجرة بقدر ما عمل وعليه قيمتها موضع الكسر
١٢٧١- إذا استأجر شينا سنة، فإن كان في أولها مستهل شهر فهي محسوبة بالأهلة، وإن كان في أثنائه

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١٣٢٠ - إذا خرب الوقف لم يعد إلى ملك الواقف
فصل، إذا ثبت هذا فإنه يباع ويصرف ثمنه في مثله. وكذلك
الغرس الحبس والمساجد وجميع الوقوف
١٣٠١ - إذا أذن للناس في الصلاة في أرضه. أو بالدفن فيها، صارت
وقفا وإن لم ينطق به
١٣٠٢ - إذا وقف على وارثه في مرض موته ما يخرج من ثلثه صح.
وكذلك لو وصى بالوقف عليه
كتاب الهبة
١٣٠٣ - الهبة لا تلزم بمجرد العقد.
فصل، فإن كانت متعينة لزم من غير قبض
١٣٠٤ - إذا قبض الموهوب من غير إذن الواهب لم يصح القبض
١٣٠٥ - تصح هبة المشاع
باب العمري والرقبي
١٣٠٦ - إذا قال اعمرتك داري فهي له ولورثته من بعده سواء أطلق أو
قال، ولعقبك من بعدك
١٣٠٧ - وحكم الرقبي حكم العمري
١٣٠٨ - إذا شرط الرجوع بعد الموت صح كذلك إذا أطلق كالعمري.
١٣٠٩ - إذا شرط في العمري أو الرقبي الرجوع إلى أهله بعد موت
المعمر والمرقب لم يبطل العقد. وهل يبطل للشرط في نفسه
١٣١٠ - السنة في عطية الأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين
١٣١١ - إذا فاضل بين ولد في العطية. أو خص بعضهم دون بعض.
حرم ذلك ولزمه الرجوع
١٣١٢ - للاب الرجوع على ولده في الهبة
فصل، ولا يملك الجد الرجوع في الهبة
فصل، ولا تملك الأم الرجوع في الهبة
١٣١٣ - لا يملك الأجنبية الرجوع في الهبة المطلقة
١٣١٤ - إذا زادت العين الموهوبة لم يمنع ذلك من الرجوع
١٣١٥ - الهبة لا تقتضي الثواب
فصل، فإن شرط الثواب فالشرط صحيح
١٣١٦ - هبة مجهول لا تصح
١٣١٧ - للاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ما لم يضر بولده
١٣١٨ - لا يملك الابن مطالبة أبيه بما ثبت له في ذمته من قرض أو
قيمة منلف ونحوه
١٣١٩ - ليس من شرط البراءة من الدين قبول المبرأ
فصل، فإن رد البراءة لم يعد الدين
كتاب اللقطة
١٣٢٠ - اللقطة تملك بعد الحول والتعريف
فصل، إذا ثبت هذا فإنه يختص ذلك بالدرهم والدنانير دون
العروض والحلي والضالة
١٣٢١ - لا يقف تملك اللقطة على اختياره بل يحصل بمضي الحول
والتعريف
فصل، فإن جاء مالها وقد تصرف فيها بعد الحول فعليه
الضمان
١٣٢٢ - إذا ضاعت اللقطة ولم يكن أشهد عليها فلا ضمان عليه
١٣٢٣ - إذا رد اللقطة إلى الموضع الذي أخذها فعليه الضمان
١٣٢٤ - الأفضل في اللقطة الترك
١٣٢٥ - ما استقل من الضوال بنفسه كالبقرة، والبعير، والحصان، والبغل
لا يجوز التقاطه. فإن أخذه ضمنه
فصل، ويجوز التقاط ضالة الغنم

- ١٣٢٦ - يجوز للعبد أخذ اللقطة بغير إذن سيده
١٣٢٧ - إذا التقط الفاسق لقطة أقرت في يده على قياس قوله في
العبد
١٣٢٨ - لقطة الحل والحرم سواء
١٣٢٩ - يجب تعريف ما دون العشرة دراهم
١٣٣٠ - إذا جاء من يصف اللقطة بالعفاص والوكاء والعدد وجب دفعها
إليه بلا بينة
١٣٣١ - يستحق الجعل برد الأبق
فصل، ويكون الجعل مقدرا
فصل، ومقدار الجعل دينار أو اثنا عشر درهما. وسواء في ذلك
المسافة القصيرة أو الطويلة، وخارج المصر ودخله
فصل، فإن كان الذي رده من ورثة المولى فلم يسلمه إلى مولد
حتى مات فله الجعل
فصل، فإن جاء به من المصر استحق الجعل
١٣٣٢ - يثبت الأبق بكتاب القاضي إلى القاضي
١٣٣٣ - ما ينقذه على الأبق في مدة رده يحتسب به على مالكة
كتاب اللقيط
١٣٣٤ - لا يرجع في دعوى اللقيط بذكر الصفات. ويرجع به إلى
القافة
١٣٣٥ - إذا أقر اللقيط بعد بلوغه بالرق لرجل بعينه وصدقه قبل
على نفسه في إثبات الرق ولم يبطل العقود
١٣٣٦ - يصح الأقرار بنسب اللقيط وإن كان ميتا
١٣٣٧ - تصح دعوى المرأة لنسب اللقيط إلا أنه إن كان لها زوج لم
يحلل به
١٣٣٨ - إذا جنس على اللقيط فيما دون النفس لم يملك الامام
الاستيفاء
١٣٣٩ - إذا وجد لقيط في دار الإسلام فهو مسلم. فإن امتنع بعد بلوغه
من الإسلام أجبر عليه. ولم يقبل منه إلا الإسلام أو القتل
١٣٤٠ - إذا ادعى الكافر نسب لقيط أثقناه به نسبا لا دينا
١٣٤١ - يحكم بإسلام الولد الصغير بإسلام الأم ويتبعها كما يتبع الأب
١٣٤٢ - يصح إسلام الصبي وردته
كتاب الوصايا
١٣٤٣ - لا تجب الوصية للأقربين ولكن تستحب
١٣٤٤ - إذا أوصى لرجل بثلث، وآخر بنصف، ولم يجز الورثة قسم
الثلث بينهم على خمسة أسهم
فصل، فإن أوصى بنصف وثلث وربع، كانت القسمة على ثلاثة
عشرة سهما
فصل، إذا أوصى لرجل بجميع ماله، وآخر بثلثه، قسم بينهما
على أربعة، لصاحب الكل ثلاثة، ولصاحب الثلث سهم
فصل، إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد، فهو بينهما
نصفان
فصل، ولا فرق بين قوله بنصيب ابني أو بمثلته
١٣٤٥ - يصح التزويج في مرض الموت
١٣٤٦ - إذا أوصى لقربة فلان فهي لقرباته من جهة أبيه دون أمه
ويكون المستحق أو لاد أربعة أبناء
فصل، ولا يدخل قرابته الكفار، وكذلك إذا وصى لأهل قرربة
فيهم كفار لم يدخلوا إلا أن يسميهم
١٣٤٧ - إذا وصى لجواره فهد الجوار اربعون دارا من كل جانب
١٣٤٨ - لا يملك الورثة خلع الوصية إذا احتملها الثلث

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١٣٧٨ - إذا قدم ليقبض منه أو يارز العدو أو ضرب الحامل الطلق أو هاجت الريح في لجة البحر وهم في سفينة فعضايتهم من الثلث
- ١٣٧٩ - العبد الموصى بمنافعه نفقته على مالك الرقية
- ١٣٨٠ - إذا وصى لمواليه وأطلق حمل على الأعلى والأسفل فصل؛ ولا يدخل فيه موالى أبيه
- ١٣٨١ - إذا وصى لرجل بثلاث بقدر أو غنمه أو إبله أو طعامة فلهك الثلثان وبقي الثلث وله مال كثير يخرج ذلك من ثلثه فالباقى كله للموصى له وكذلك الحكم في الدور والرقيق والدواب المختلفة الأجناس
- ١٣٨٢ - إذا وصى لرجل ثم جعده الوصية لم تبطل
- ١٣٨٤ - إذا قدم من بلده يريد الحج ثم مات في الطريق فإنه يحج عنه من حيث مات، وكذلك إذا مات الذي يحج عن غيره فإنه يحج عنه من حيث مات
- ١٣٨٥ - إذا أقر لأجنبية في مرض الموت ثم تزوجها لم يبطل الإقرار
- ١٣٨٦ - إذا وصى للمسجد صحت الوصية
- ١٣٨٧ - إذا وصى الذمي بالانضاق على البيع والكناس ونحوهما لم يصح
- ١٣٨٨ - يجوز إجارة المنافع المستحقة بالوصية
- ١٣٨٩ - إذا وصى لعبد وارتبه لم يلزم
- ١٣٩٠ - إذا قال عبدي يخدم فلانا سنة وهو حر فقال فلان قد وهبت له الخدمة أو ما أريد خدمته عتق في الحال
- ١٣٩١ - الوصية صحيحة فيما لم يعلمه الموصى من ماله
- ١٣٩٢ - إذا وصى له بمن يعتق عليه فقبله في مرض موته عتق وورث. وهكذا إذا أقر الأخ بآبى ثبت نسبه وورث. وهكذا إذا اعتق أمته وتزوجها في مرضه ورث
- ١٣٩٣ - للوصي أن يأكل من مال اليتيم عند الحاجة بقدر عمله وهل يلزمه عوضه عند الوجود أم لا ؟
- كتاب الفرائض
- ١٣٩٤ - ذو الأرحام أولى من بيت المال
- فصل؛ ويرثون بالتزويل
- فصل؛ فإن ترك ثلاث بنات أخوات مفترقات أو أخوة مفترقين فهم بمثابة من يدلون به
- ١٣٩٥ - إذا اجتمع بنت خالة وعمة أو بنت عمه وخالة فلقرابة الأم الثلث، وقرابة الأب الثلثان
- فصل؛ ويستوي الذكور والإناث في ذوي الأرحام
- فصل؛ ما فضل عن ذوي السهام رد عليهم على قدر سهامهم
- ١٣٩٦ - من لا وارث له ينتقل ماله إلى بيت المال من جهة المصلحة لا إرثاً
- ١٣٩٧ - لا يرث اليهودي النصراني وكذلك كل أهل ملتين
- ١٣٩٨ - قاتل الخطأ لا يستحق الأثر
- ١٣٩٩ - إذا كان القاتل صغيراً أو مجنوناً فإنهما يحرمان الأثر

- ١٣٩٩ - إذا وصى بثلاث ماله لزيد ثم وصى به لعمرو ولم يصح بالرجوع فهو بينهما بالسوية. وكذلك لو وصى بشيء معين إذا اعتق ثم اعتق ثم وهب وعجز الثلث عنهما بدء بالأول
- فصل؛ فإن اعتق ثم حابا فالعتق أولى
- فصل؛ فإن وهب ثم وصى أو وصى ثم مات قدم الهبة والمحابة على الوصية
- ١٣٥١ - جميع عطايا المريض من الثلث
- ١٣٥٢ - إجازة الورثة قبل الموت لا تلزم
- ١٣٥٣ - إجازة الورثة تنفيذ ولا تكون هبة مبتدأة
- ١٣٥٤ - تصح الوصية للوارث إذا أجازها الورثة
- ١٣٥٥ - إذا وصى بجميع ماله ولا وراث له صحت الوصية
- ١٣٥٦ - تصح الوصية إلى العبد والمكاتب والمدير وأم الولد
- ١٣٥٧ - لا تصح الوصية إلى فاسق
- ١٣٥٨ - تصح وصية العسي المميز
- ١٣٥٩ - تصح الوصية للقاتل
- ١٣٦٠ - تصح الوصية للحربي في دار الحرب
- ١٣٦١ - لا تصح الوصية لعميت
- فصل؛ فإن كانت لتفنين أحدهما ميت استحق الحي نصفها
- ١٣٦٢ - إذا وصى إلى تفنينين وأطلق لم يكن لأحدهما الإنفراد بالتصرف
- ١٣٦٣ - الوصي في شيء مخصوص لا يكون وصياً في غيره
- ١٣٦٤ - الجد لا يملك التصرف في المال بنفسه
- ١٣٦٥ - ليس للوصي أن يوصي بما وصى به إليه
- ١٣٦٦ - لا يشتري الوصي لنفسه شيئاً من مال اليتيم بالقيمة. دليلنا أنه لا يشتري بعوض المثل فلا يشتري بزيادة كالوكيل وعكسه الأب أو نقول يتصرف بعقد أشبه ما ذكرناه.
- ١٣٦٧ - يجوز للوصي أن ينزع نفسه من الوصية
- ١٣٦٨ - إذا وصى بسهم من ماله فلموصى له السدس إلا أن يعول فيحصل عانلاً.
- فصل؛ فإن وصى بجزء أو نصيب فلا رواية فيه. والأشبه أن يرجع إلى ما يختار الورثة
- ١٣٦٩ - إذا وصى بعبد من عبيده أو شاة من غنمه فللورثة أن يدفعوا ما يقع عليه الاسم
- ١٣٧٠ - للوصي أن يبيع على الكبار والصغار. وهكذا يبيع لقضاء دين أو وصيته على الكبار
- ١٣٧١ - إذا اعتقل لسانه لم تصح وصيته بالإشارة
- ١٣٧٢ - إذا وصى أن يشتري نفسه بالف تعتق عنه فعجز ثلثه عنها اشترى نفسه بقدر الثلث
- ١٣٧٣ - إذا ادعى الوصي دفع المال إلى اليتيم بعد بلوغه فالقول قوله مع يمينه. وكذلك الأب، والحاكم، والشريك، والمضارب
- ١٣٧٤ - إذا وصى بثلثه يضعه حيث شاء أو لمن شاء لم يكن له أن يجعله لنفسه ولا ليعض الأولاد
- ١٣٧٥ - إذا وصى لقبيلة لا تحصى كبني هاشم، وبني تميم ونحوه تصح الوصية
- ١٣٧٦ - إذا مات الموصى له قبل القبول بطلت ولم يقر ورثته مقامه
- ١٣٧٧ - تملك الوصية بموت الموصى وقبول الموصى له
- فصل؛ فإن قبل حكمنا له بالملك فيه من غير أن يتخلله ملك الورثة
- فصل؛ لو علقت بين الموت وقبوله فالولد يتبع الأم في الوصية ويحسب من الثلث

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- فصل، والقتل بالسبب يحرم الإرث كالمباشرة
١٤٠٠- إذا قتل الباغى العادل لم يرثه.
فصل، فإن قتل العادل الباغى ورثه وكذلك كل قتل بحق
كالمقاصص والدافع عن نفسه والامام بحق ثبت عند
١٤٠١- من غمى موته بفرق أو هدم ونحوهما يرث بعضهم من بعض
من تلاد ماله لا من طارقه
١٤٠٢- في زوج وابوان أو زوجة وأبوان للام ثلث الباقي
١٤٠٣- الأخوات مع البنات عصبية
١٤٠٤- تعال المسائل عند ضيق الفرائض
١٤٠٥- يرث من الجدات ثلاثة
١٤٠٦- الجدة من قبل الأب ترث مع وجود الأب
١٤٠٧- القربى من جهة الأب لا تسقط الجدة البعدى من جهة الأم
١٤٠٨- الجد لا يسقط الأخوة والأخوات
١٤٠٩- المرتد لا يورث
١٤١٠- لا يشارك ولد الأبوين لولد الأم في فرضهم
١٤١١- يورث المعجوسي بالقرابيتين
١٤١٢- ولد الملاعنة عصبته عصبية أمه
١٤١٣- إذا أسلم على يدي رجل وعاقده وولاه لم يستحق ارثه
١٤١٤- إذا أسلم على تركة قبل القسمة ورث
١٤١٥- لا يرث السقط إذا لم يستهل صارخاً وإن تحرك وتنفس إلا
أن يطول
١٤١٦- يعزل للحمل سهم ذكرين، وبه قال محمد بن الحسن
١٤١٧- الخنثى المشكل يستحق نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
أنثى
١٤١٨- ويورث من حيث يبول، فإن بال منهما حكم بالكثرة
١٤١٩- المعتق بعضه يرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية
١٤٢٠- الأنبياء لا يورثون
- مسائل الولاء
١٤٢١- إذا اعتق عبده سانية لم يثبت له عليه الولاء، وكان ولاؤه
يصرف عن الرقاب
١٤٢٢- إذا اعتق من غيره بغير إذن له كان الولاء للمعتق
١٤٢٣- إذا اعتق عن واجب كالكفارة ونحوها لم يكن له الولاء
١٤٢٤- إذا اعتق المسلم عبداً كافراً ثم مات العبد ورثه سيده
بالولاء
١٤٢٥- الجد لا يجبر الولاء
١٤٢٦- إذا ترك جد معتقه وأخا معتقه فالولاء نصفان
١٤٢٧- فإن ترك أباً معتقه وابنه فلاب السدس والباقي لابن
معتقه
١٤٢٨- إذا تزوج حر لا ولأه عليه معتقه لقوم، فالولاء على أولاده
- كتاب النكاح
١٤٢٩- النكاح مستحب
١٤٣٠- إذا أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر منها إلى ما ليس بعورة
١٤٣١- لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها ولا تزوج غيرها بوكالة، ولا
بإذن لغير وليها في نكاحها
١٤٣٢- لا يجوز للمرأة أن تزوج معتقتها وأمتها
١٤٣٣- ولاية النكاح تستفاد بالوصية
فصل، ولا فرق بين أن يعين له الزوج أو لا يعين
فصل، فإن كان وصياً في المال لم يملك ولاية النكاح
١٤٣٤- يملك الأب إيجاب البكر البالغة على النكاح

- ١٤٣٥- النكاح لا يقف على الأجازة
١٤٣٦- لا ينقذ النكاح بولاية فاسق
١٤٣٧- إذا تزوج مسلم كتابية بولاية ابنها لم يصح النكاح
١٤٣٨- لا يملك الأب إيجاب ابنته الثيب الصغيرة
١٤٣٩- إذا ذهبت البكارة بزنا سقط الإيجاب
١٤٤٠- لا يملك الإيجاب إلا الأب
١٤٤١- ابنة تسع سنين لها إذن في النكاح
١٤٤٢- الشهادة شرط في صحة النكاح
١٤٤٣- التواصي بكتمان النكاح لا يبطله
١٤٤٤- ينقذ النكاح بشهادة فاسقين
١٤٤٥- لا ينقذ النكاح بشهادة رجل وامرأتين
١٤٤٦- إذا تزوج مسلم كتابية بشهادة كتابيين لم ينقذ
١٤٤٧- يجبر السيد على إعفاف عبده إذا طلب
١٤٤٨- يلزم الابن أن يعف أباه إذا طلب
١٤٤٩- لا يصح أن يتزوج بجارية ولده
١٤٥٠- لا يجب على الأب الحد بوطء جارية ابنه
١٤٥١- بكاء البكر إذن
١٤٥٢- إذا قال الأب: زوجت ولدي الصغير بالأمس صدق. وكذلك
الوكيل. وكذلك السيد في حق عبده
١٤٥٣- إذا أرسل إلى ولي امرأة ليتزوجها ففعل الرسول وضمن عنه
المهر ثم جحد الزوج الرسالة ففرق الحاكم بينهما، فللمرأة
على الرسول جميع المهر
١٤٥٤- فيمن أرسل إلى رجل كتابياً يسأله أن يزوجه ابنته، فجاء
الكتاب مخموماً قال: أشهد أن هذا الكتاب إلى فلان ولم يعلم
الشهود ما فيه، ثم أن الكتاب وصل وقرأ على الشهود وقال:
قد زوجته ثم جحد الزوج الكتاب فشهد بأنه كتابه لم تقبل
الشهادة
١٤٥٥- إذا قال الولي: أشهدوا أنني زوجت ابنتي من فلان قبله فقال:
قبلت، لم ينقذ النكاح
١٤٥٦- لا يملك السيد إيجاب عبده الكبير على النكاح
١٤٥٧- للسيد إيجاب أم ولده على التزويج
١٤٥٨- إذا قال بحضرة شاهدين: اعتقت أمتي وجعلت عتقها
صدقتها، صح النكاح والعتق
فصل، فإن اعتقها على أن تزوجه نفسها فلم تف له بالشرط
فعلها قيمة نفسها
فصل، فإن زوجته فلا مهر لها سوى العتق
١٤٥٩- إذا اجتمع أخ لأبوين وأخ لأب فهما سواء في ولاية النكاح
١٤٦٠- للابن ولاية على أمه في عقد النكاح
١٤٦١- الأب مقدم على الابن في ولاية النكاح
فصل، والجد مقدم على الابن والأخ
١٤٦٢- إذا عقد الأبعد من العصبية مع القدرة على الأقرب لم يصح
النكاح
١٤٦٣- إذا زوجها بعض الأولياء برضاها من غير كفو، وقلنا فقد
الكفاءة لا يبطل، فلبقية الأولياء الاعتراض
١٤٦٤- شروط الكفاءة خمسة: الدين، والنسب، والحرية، والصناعة،
واليسار
١٤٦٥- من له أب في الإسلام كفو لمن له أبوان في الإسلام
١٤٦٦- فقد الكفاءة تبطل النكاح
١٤٦٧- إذا رضيت المرأة بدون مهر مثلها، لم يكن للأولياء الاعتراض

رقم
المسألة

- فصل: إذا ثبت هذا فإن كان قبل الدخول تعجلت القرعة وبعد توقف على انقضاء العدة
فصل: فإن ارتدأ معا كانا بمثابة ردة أحدهما
١٤٩٨ - أنكحة المشركين صحيحة
١٤٩٩ - إذا كان أحد الأبوين وثنيا أو مجوسيا والآخر كتابيا لم يحل مناكحته ولا أكل ذبيحته
١٥٠٠ - الفرق المتعلقة باختلاف الدين فسوخ وليس بطلاق
١٥٠١ - وجود الطول يمنع نكاح الأمة
١٥٠٢ - ليس للحر أن ينكح أكثر من أمة واحدة إذا كان لا يخاف العنت.
١٥٠٣ - يجوز للعبد نكاح الأمة وتحت حرة
١٥٠٤ - إذا تزوج حرة وأمة في عقد واحد صح في الحرة خاصة
١٥٠٥ - مسألة إتيان النساء في الموضع المكروه حرام
١٥٠٦ - نكاح الشغار باطل
١٥٠٧ - نكاح المنعة باطل
١٥٠٨ - نكاح المحلل باطل
١٥٠٩ - إذا اعتقد بقلبه تحليها للأول أو الطلاق في وقت يعينه لم يصح النكاح
١٥١٠ - إذا شرط الخيار في النكاح بطلا.
١٥١١ - إذا تزوجها وشرط أن لا ينقلها ولا يتسرى عليها ونحو ذلك صح الشرط، وإذا لم يف به ملكت الفسخ
١٥١٢ - إذا تزوجها على أن لا مهر لها فالنكاح صحيح، والشرط باطل
١٥١٣ - يثبت الفسخ في النكاح بالعيوب السبعة
فصل: فإن حدثت هذه العيوب في النكاح بعد العقد. يثبت الفسخ
١٥١٤ - إذا اعتقت الأمة تحت حر لم يكن لها الفسخ
فصل: فإن اعتقت تحت عبد فلها الخيار ما لم تمكنه من وطئها
فصل: فإن اعتق الزوج قبل أن تختار سقط خيارها
فصل: فإن كانت مطلقة رجعية ثم اعتقت صح أن تختار المقام مع زوجها
١٥١٥ - إذا حصلت المرأة زوجها عتيناها أجل سنة
فصل: فإن ادعى أنه أصابها في مدة السنة وانكرته أخلي معها في بيت، وقيل له أخرج ماءك على شيء، فإن فعل فالقول قوله، وفيه رواية أخرى: القول قوله
كتاب المصداق
١٥١٦ - النكاح لا يقصد بفساد المصداق
١٥١٧ - ليس لأقل المصداق حد فما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون صداقا
١٥١٨ - منافع الحر يجوز أن تكون صداقا
١٥١٩ - لا يجوز أن يكون القران مهرا
١٥٢٠ - تملك المرأة المصداق بالعقد
فصل: ولا فرق بين أن يقبض هذا المصداق أو لا يقبضه في هذه الفائدة
١٥٢١ - حدوث النماء في المصداق لا يمنع الزوج الرجوع في عين المصداق إذا طلقها قبل الدخول
١٥٢٢ - إذا هلك المصداق قبل قبضه رجع إلى قيمته
١٥٢٣ - إذا تزوجها على عبد يعينه فخرج حرا أو مستحقا فلها قيمته يوم العقد

رقم
المسألة

- ١٤٦٨ - إذا سمي في نكاح ابنته دون صداق مثلها جاز. وكذلك إذا زوج ابنه الصغير على أكثر من مهر المثل
١٤٦٩ - ليس للاب قبض مهر ابنته البكر البالغة الرشيدة
١٤٧٠ - إذا غاب الأقرب من الأولياء غيبة منقطعة انتقلت ولايته إلى الأب
١٤٧١ - إذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما
فصل: فإن جهل السابق منها أقرع بينهما، فمن خرج عليه القرعة جعل السابق منها.
١٤٧٢ - إذا تزوج امرأة وابنتها ثم مات ولم يعلم السابق منهما. أخرج السابق بالقرعة
١٤٧٣ - يجوز للولي أن يتزوج وليته بشرط أن يوكل غيره في أن يوجب له
فصل: والدلالة على أنه لا يليه بنفسه أنه عقد ملكه بإذن فلا يلي طرفيه كالوكيل في البيع.
١٤٧٤ - إذا تزوجت امرأة رجلا على أنه حر. فبان عبد، كان لها الخيار والنكاح صحيح
فصل: فإن تزوج امرأة على أنها حرة فخرجت أمة وكان ممن يجوز له نكاح الرقيق، فله الخيار
١٤٧٥ - إذا غر العبد من الأمة فالولد منها أحرار
١٤٧٦ - لا ينعقد النكاح بلفظ الهبة
١٤٧٧ - إذا أوجب له النكاح فقال، قبلت. صح، وإن لم يقبل النكاح
١٤٧٨ - لا ينعقد النكاح بلفظة العجمية مع القدرة على العربية
١٤٧٩ - لا ينكح العبد أكثر من اثنتين
١٤٨٠ - لا يتزوج الخامسة والرابعة في عدة منه. وكذلك لا يتزوج المرأة وأختها في عدة منه
١٤٨١ - إذا اعتق أم ولده لم يتزوج أختها حتى يستبرئها
١٤٨٢ - إذا زنا بامرأة لم يحل له العقد عليها حتى يتوبا
١٤٨٣ - لا يجوز نكاح الزانية قبل الاستبراء
١٤٨٤ - الربيبة تحرم بالدخول وإن لم تكن في حجره
١٤٨٥ - لا يجوز الجمع بين الأختين في الوطء بملك اليمين
١٤٨٦ - مسألة إذا تزوج باخت أم ولده أو باخت أمته التي يطأها لم يصح النكاح
١٤٨٧ - الزنا يثبت تحريم المصاهرة
١٤٨٨ - اللواط ينشر
١٤٨٩ - إذا نظر إلى فرج امرأة لشهوة لم يثبت تحريم المصاهرة وكذلك القبلة واللمس
١٤٩٠ - لا يجوز تزويج ابنته من الزنا
١٤٩١ - يجوز نكاح حرائر أهل الكتاب
١٤٩٢ - للمسلم إجبار زوجته الذمية على الغسل من الحيض
١٤٩٣ - لا يجوز للمسلم نكاح الأمة الكتابية
١٤٩٤ - إذا أسلم وتحتته أكثر من أربعة نسوة إختار منهن أربعا. وكذلك إذا كان تحتته إختار إحداهما
١٤٩٥ - إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو أسلمت امرأة الذمي، فإن كان قبل الدخول تعجلت القرعة وبعد توقف على انقضاء العدة
فصل: والدلالة على مالك أنه اختلاف دين بعد الإصابة فلا ينفسخ النكاح قبل انقضاء العدة كما لو أسلمت الزوجة.
١٤٩٦ - اختلاف الدار لا توقع القرعة
١٤٩٧ - الردة من أحد الزوجين تنفسخ النكاح

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١٥٢٤ - إذا تزوجها على عبد مطلق صحت التسمية ولها الوسط من العبد
فصل فإن تزوجها على عبد موصوف ودفع لها القيمة لزمها القبول
- ١٥٢٥ - المفوضة البضع إذا طلقت قبل الفرض والميسر فلها المتعة فصل ويتقدر بما تجزى في الصلاة
- ١٥٢٦ - فصل فإن وجدت التسمية بعد التفويض ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى خاصة
- فصل فإن تزوجها على تسمية فاسدة لجهالتها أو غير ذلك فلها المتعة وهو المنصوص عنه
- ١٥٢٦ - المطلقة بعد الدخول لا متعة لها
- ١٥٢٧ - إذا مات أحد الزوجين قبل الفرض والميسر وجب مهر المثل فصل ، إذا ثبت مهر المثل فهو معتبر بنساء اقربائها من العصباء وغيرهن
- ١٥٢٨ - إذا اختلف الزوجان في التسمية ، فإن كان مهر مثلهما مادعيه أو أكثر فالقول قولها وتحلف
- ١٥٢٩ - إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق فالقول قول الزوجة
- ١٥٢٠ - إذا تزوج معتدة منه بخلع ثم طلقها قبل الدخول فعليه نصف المسمى ويبنى على ما مضى من العدة
- ١٥٢١ - الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج
- ١٥٢٢ - إذا تزوج امرأتين على الف صحت التسمية وقسمت بينهما على قيمة بضعيهما
- ١٥٢٣ - إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول لم يسقط مهرها حرة كانت أم أمة
- ١٥٢٤ - إذا اشترت المرأة زوجها بعد الدخول تحول مهرها إلى ثمنه ولم يسقط
- ١٥٢٥ - يجوز رد الصداق بالعيب اليسير
- ١٥٢٦ - الزيادة في الصداق بعد العقد يلحق به
- ١٥٢٧ - تستحق التسمية بالدخول في النكاح الفاسد كالصحيح سواء
- ١٥٢٨ - إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه ودخل بها فلها الخمسان من المسمى إذا لم يزد على قيمته
- ١٥٢٩ - إذا تزوجها بمهر أجل وأطلقا ، كان انتهاء المدة الفرقة بموت أو طلاق
- ١٥٤٠ - إذا تزوجها على عبد واقبضها إياه ثم طلقها قبل الدخول واعتق حصته صح العتاق
- ١٥٤١ - إذا أسلم الزوجان أو أحدهما وقد سميا خمرا أو خنزيرا ، فلها مهر مثلهما
- فصل فإن عقد الزمان نكاحا بلا صداق وذلك يجوز في شرعهم ثم ترفعوا البناء ، حكمنا عليهم بالمهر
- ١٥٤٢ - إذا طلقها قبل الدخول وقد اشترت بالصداق جهازا لزمها رد نصف الصداق دون الجهاز
- ١٥٤٣ - إذا كان الصداق متبوضا فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول ، رجع عليها بنصف قيمته
- ١٥٤٤ - إذا سلمت المرأة نفسها قبل قبض صداقها ، فهل لها أن تمتنع حتى تقبضه ؟
- ١٥٤٥ - المهر يستقر بالخلوة
- فصل فإن خلا بها وهي صائمة ، أو محرمة ، أو حائض ، أو رتقاء استقر الصداق
- فصل فإن خلا بها وهو محرم ، أو صائم ، أو مجبوب ، أو عنيق استقر الصداق

- فصل فإن خلا بها في نكاح فاسد استقر الصداق
- فصل فإن قبلها بحضرة الناس استقر الصداق
- ١٥٤٦ - إذا نقص الصداق في يد الزوجة ثم طلقها قبل الدخول ، فالزوج بالخيار بين أن يأخذها ناقصا ويأخذ الأرش وهو نصف قيمته يوم إصداقها
- ١٥٤٧ - إذا تزوج امرأتين على الف وأحدهما تحت زوج أو في عدة ، فالألف بينهما على قدر مهريهما
- ١٥٤٨ - النثار مكروه في العرس
- ١٥٤٩ - وليمة العرس مستحبة
- فصل والاجابة إليها واجبة
- ١٥٥٠ - لا تستحب الوليمة بغير العرس
- مسائل القسم والنشوز
- ١٥٥١ - الأمة على النصف من الحرة في القسم
- ١٥٥٢ - إذا كانت الزوجة مملوكة افتقر العزل عنها إلى إذن فصل ، ويعتبر إذن سيدها
- ١٥٥٣ - إذا تزوج امرأة وعنده غيرها ، فإن كانت الجديدة بكرًا أفردتها بسبعة أيام ، وإن كانت ثيبًا خيرها بين ثلاثة لا تقضيها أو سبعة تقضيها
- ١٥٥٤ - لا يجوز للرجل أن يسافر باحد نسانه إلا برضائهن ، أو تستحق ذلك بالقرعة
- فصل فإن أخرجها بغير قرعة قضى للباقي ، وبقرعة لا يقضي
- ١٥٥٥ - لا يجوز للزوج ضرب زوجته في ابتداء النشوز
- ١٥٥٦ - إذا وقع النشوز بين الزوجين بعث الحاكم رجلين ينظران بينهما ، وليس لهما أن يطلقا بغير إذن الزوج
- مسائل الخلع
- ١٥٥٧ - الخلع فسخ ، وعنه أنه طلاق
- ١٥٥٨ - يصح الخلع مع استقامة الحال
- ١٥٥٩ - يكره الخلع باكثر مما سماه في النكاح
- ١٥٦٠ - إذا خالعه على غير عوض لم يكن خلعا ، وحكمه حكم سائر الكنايات
- ١٥٦١ - المختلعة لا يلحقها الطلاق
- ١٥٦٢ - إذا خالغ المسلم زوجته على خمرا أو خنزير لم تقع به البيونة ، وكان كناية في الطلاق ولا يستحق عليها شيئا
- ١٥٦٣ - إذا خالعه على ما في بطن جاريتها ، أو ما تثمر نخلتها ، صحت التسمية ، فإن وجد المسمى استحقه ، وإن لم يوجد لم يستحق الرجوع عليها بشيء ، وهل يصح الخلع وتقع البيونة يرجع إلى أصل وهو هل من شرط الخلع العوض ؟
- ١٥٦٤ - إذا خالغته على ما في البيت من المتاع فلم يكن فيه شيء ، رجع عليها بما سمي لها في النكاح
- ١٥٦٥ - إذا اختلعت في مرض موتها ، كان له أقل الأمرين من المسمى في الخلع ، أو إرثه منها
- ١٥٦٦ - إذا خالعه على رضاع ولده ثم مات الولد قبل أن ترضعه ، رجع بأجرة المثل لمدة الرضاع
- ١٥٦٧ - إذا خالعه على نفقة حملها صح الخلع ، وبئر من النفقة
- ١٥٦٨ - يملك الأب أن يخالغ زوجة ابنه الصغير
- فصل ولا يملك أن يخالغ ابنته الصغيرة بشيء من مالها
- ١٥٦٩ - إذا اختلعت الأمة من زوجها بعوض معين بغير إذن السيد ، فالخلع صحيح ويستحق الزوج مثل العين أو قيمته إذا كانت من لا مثل لها ، وتتبع بذلك بعد العتق

رقم
المسألة

- ١٥٨٧- إذا قال لها أنت طالق ملء مكة، أو المدينة، أو الحجاز، أو الكون، فهي طلاق رجعية
- ١٥٨٨- إذا قال إذا طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم طلقها وقع الثلاث
- ١٥٨٩- لفظة السراح والفرار صريح في الطلاق
- ١٥٩٠- الكنايات الظاهرة لا يقع بها الطلاق إذا لم ينضم إليها دلالة حال أو نية
- ١٥٩١- إذا انضم إلى الكنايات دلالة حال لم يحتج إلى نية فصل ولا فرق بين أن يكون دلالة الحال سواءً أو غصباً.
- ١٥٩٢- الكنايات الظاهرة إذا نوى بها الطلاق كانت ثلاثاً، فأما الخفية فيرجع في العدد إلى ما نواه
- ١٥٩٣- إذا نوى بالكنايات الخفية عدداً من الطلاق ثبت قل أو كثر
- ١٥٩٤- إذا قال لامرأته الست لي بامرأة فإنه كناية
- ١٥٩٥- إذا قال لأمته أنت طالق ونوى بها الحرية، لم يقع به شيء
- ١٥٩٦- إذا قال لزوجته أنا منك طالق، أو رد الأمر إليها فطلقته لم يقع الطلاق
- ١٥٩٧- إذا قال لزوجته أنت طالق ونوى به الثلاث كان واحدة
- ١٥٩٨- يقع الطلاق بالكناية
- ١٥٩٩- لا يقع الطلاق بمجرد النية
- ١٦٠٠- إذا خير الرجل زوجته فهو كناية من الطرفين فيحتاج إلى نيتها
- ١٦٠١- إذا خير زوجته ونوى طلاقاً فاختارت نفسها فهي واحدة رجعية
- ١٦٠٢- إذا خيرها فاختارت ونوى الثلاث، فهي ثلاث
- ١٦٠٢- إذا خيرها فاختارت ونوى الثلاث فهي ثلاث
- ١٦٠٣- إذا كرر لفظة الاختيار ثلاثاً، ونوى به واحدة فهو واحدة
- ١٦٠٤- إذا قال لها اختاري من ثلاث تطليقات ما شئت، فلها أن تختار ما دون الثلاث
- ١٦٠٥- إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الطلاق فطلقت نفسها ثلاثاً، وقع الثلاث نوداً أو لم ينود
- ١٦٠٦- إذا خيرها فلها أن تختار ما دامت في مجلسها ذلك ولم تأخذ في عمل يقطع حكم المجلس
- فصل فإن قال لها أمرك بيدك فلها الخيار ما لم يطاها
- ١٦٠٧- إذا رد إليها الضربة بلفظ الخيار أو الأمر، أو الطلاق، ملك الرجوع فيه قبل الإيقاع
- ١٦٠٨- إذا قال لزوجته أمرك بيدك اليوم وغداً وبعد غد، ثم ردت الأمر في أول يوم لم يبطل في باقي الأيام
- ١٦٠٩- إذا قال لها طلقي ثلاثاً، صح أن تطلق واحدة
- ١٦١٠- إذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً وقع واحدة
- ١٦١١- إذا قال لزوجته أنت علي حرام، فإنه صريح في الظهارامة كانت أم حرة
- ١٦١٢- إذا حرم أمته، أو طعامه وشرايه كان حائضاً، وعليه كفارة يمين إذا حنث
- ١٦١٣- إذا قال لزوجته إذا حلقت بطلاقك فأنت طالق، أو فعبيدي حر، ثم قال، أنت طالق إذا جاء الحاج أو المطر أو رأس الشهر، حنث في يمينه الأول
- كتاب الطلاق في النكاح المختلف فيه**
- ١٦١٤- يقع الطلاق في النكاح المختلف فيه
- ١٦١٥- إذا قال لغير مدخول بها أنت طالق أنت طالق، وقع طلاقاً

رقم
المسألة

- ١٥٧٠- إذا خالعهما على أن له الرجعة وقعت الضربة بالمال وبطلت الرجعة
- ١٥٧١- إذا قالت له طلقني ثلاثاً بالف، أو على ألف وطلقها واحدة، لم يستحق شيئاً
- فصل، فإن قالت طلقني واحدة على ألف، أو بألف فطلقتها ثلاثاً، لزمها الألف
- ١٥٧٢- إذا اختلفا في عوض الخلع، فالقول قول الزوجة
- ١٥٧٣- إذا خالعهما على ثوب أو عبد أو بارأها، فإنه يصح وتقع الضربة، ولا يسقط ما لكل واحد منهما على صاحبه من مهر وغيره
- ١٥٧٤- إذا قال لها إن اعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو إذا أعطيتني فإنه على التراخي
- ١٥٧٥- إذا علق طلاقها بصفة ثم ابانها ثم عاد نزوجها عادت اليمين
- فصل والدلالة على أنها تعود وإن ابانها بثلاث أن عقد اليمين والشرط وجداً في ملك فيجب أن تعود كما لو ابانها بدون الثلاث.
- فصل فإن كانت ال بحالها إلا أن الصفة وجدت في حال البيئونة، فإن اليمين تعود بعود النكاح
- فصل إذا قالت لزوجها اخلعني ولك ألف ففعل، استحق الألف
- فصل فإن قالت سألتك أن تطلقني ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة فلا شيء لك وقال بل سألتيني واحدة، فالقول قولها في العوض
- ١٥٧٦- إذا شرطاً الخيار في الطلاق على مال لأحد الزوجين ثبت الطلاق وسقط الخيار
- ١٥٧٧- إذا خالعهما على جرة خل فخرجت خمرًا، فإنه يرجع عليها بقيمة الخل
- ١٥٧٨- إذا خالعهما على عبد فخرج حلال الدم بردة أو قتل، ثم قتل في يده، رجع عليها بالأرش لا بقيمة
- كتاب الطلاق**
- ١٥٧٩- لا تنعقد صفة الطلاق قبل الملك
- فصل والدلالة على صحته في العتاق
- ١٥٨٠- الطلاق في الحيض والظهر المجامع فيه محرم وبقع
- فصل، إذا ثبت هذا لم يجب الارتجاع منه
- ١٥٨١- الطلاق الثلاث بكلمة أو كلمات في طهر واحد بدعة
- فصل ولا يختلف المذهب أنه واقع
- فصل إذا ثبت أن الثلاث بدعة، فالسنة طلاق واحدة، ويدعها حتى تنقضي عدتها، فإن طلقها في كل قرء طلاقاً كان ماعداً الأولى للبدعة
- ١٥٨٢- إذا قال لزوجته في الحيض أنت طالق للسنة، فإنه يقع الطلاق عليها بأول جزء من أجزاء الطهر
- ١٥٨٣- إذا قال لها أنت طالق طلاقاً حسنة جميلة عدلة وهي حائض، لم تطلق حتى تطهر، وكذلك إذا قال أنت طالق طلاقاً سنية
- ١٥٨٤- إذا قال أنت طالق كالف، فهي ثلاث
- ١٥٨٥- إذا قال لها أنت طالق مثل عدد الماء والتراب ونحوهما فهو ثلاث
- ١٥٨٦- إذا قال لها أنت طالق مثل الجبل، أو مثل عظم الجبل، أو أقصى الطلاق أو أعرضه أو أطوله، فهو طلاق رجعية

رقم
المسألة

رقم
المسألة

فصل فإن قال لها أنت طالق وطالق وقع الثلاث
١٦١٦ - إذا كرر الطلاق في حق المدخول بها وقصد بها الإفهام، لم يقع إلا واحدة كقوله أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق
١٦١٧ - إذا قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار وقعت واحدة في الحال وسقط ما بعدها
١٦١٨ - إذا قال أنت طالق إلى سنة أو شهر طلقت بعد مضي المدة
١٦١٩ - طلاق المكره لا يقع
فصل ولا يكون التواعد إكراهاً
فصل ولا فرق بين أن يكون الإكراه من سلطان أو غيره
١٦٢٠ - يقع طلاق السكران
١٦٢١ - إذا عقل الصبي الطلاق وقع طلاقه
١٦٢٢ - إذا قال إذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يبنو الفور، فهو على التراخي كقوله إن لم أطلقك
١٦٢٣ - إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها وانسيها، فإنه يخرج المطلقة بالقرعة
١٦٢٤ - إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها، فإنه يحال بينه وبينهن إلى أن يخرج المطلقة بالقرعة، فإن وطء إحداهن لم يبطل حكم القرعة
فصل فإن مات الزوج قبل الإخراج بالقرعة، قام ورثته في ذلك مقامه
فصل فإن مات أحد الزوجتين فلا يتعين الطلاق في الأخرى
١٦٢٥ - إذا قال أنت طالق نصف طلاقاً، أو بعها وقعت طلاقاً
١٦٢٦ - إذا كان له أربع نسوة، فقال امرأته طالق، ولم يبنو واحدة منهن طلقن
١٦٢٧ - إذا قال أنت طالق إنشاء الله وقع الطلاق
١٦٢٨ - إذا شك في عدد الطلاق بنى على اليقين
١٦٢٩ - المبتوتة في مرض الموت تستحق الميراث
فصل ويثبت الاستحقاق بعد انقضاء العدة
فصل فإن تزوجت سقط حقها
١٦٣٠ - إذا سألته الطلاق في مرض الموت سقط حقها
١٦٣١ - إذا علق طلاقها بصفة في حال الصحة، ووجدت الصفة في مرض الموت، استحققت الميراث
١٦٣٢ - إذا اعترف في مرض موته أنه طلق زوجته في حال الصحة وانقضت عدتها وصدقته على ذلك ثم وصى لها، أو أقر لها، فإنه يعتبر بذلك باقلاً الأمرين من ميراثها له
١٦٣٣ - إذا أشار بالطلاق إلى ما لا يتفصل في حال السلامة كاليد ونحوه وقع، وأما ما يتفصل في حال السلامة كالسن والظفر والشعر فلا.
١٦٣٤ - يهدم ما دون الثلاث طلاقات
١٦٣٥ - الطلاق معتبر بالرجال
١٦٣٦ - إذا قال لزوجته أنت طالق واحدة في اثنتين وقع طلقتان، وإن قال اثنتين في اثنتين وقع الثلاث
١٦٣٧ - إذا اعترف بالحمل ثم علق طلاقها بالوضع فقالت قد وضعت وقع الطلاق
فصل فإن لم يكن اعترف بالحمل، فادعت الوضع وأقامت بينه امرأة واحدة ثبت النسب والطلاق
١٦٣٨ - إذا قال أنت طالق في غد، وقع بطلوع الضجر، فإن قال أردت أخره قبل منه
١٦٣٩ - إذا قال أنت طالق إن لبست، ثم قال نويت ثوباً دون ثوب لم يدين في النشاء

١٦٤٠ - إذا قال إن كلمت زيداً وعمراً فأنت طالق، فكلمت أحدهما حنث
١٦٤١ - إذا قال أنت طالق أمس، أو قبل أن أتزوجك لم يقع الطلاق
١٦٤٢ - إذا قال، أنت طالق واحدة قبل واحدة، أو قبلها واحدة
١٦٤٣ - إذا قال أنت طالق واحدة أو لا شيء لم يقع
١٦٤٤ - إذا قال لها أنت طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت ثلاثين
١٦٤٥ - إذا قال أنت طالق قبل موت فلان بشهر ثم مات فلان لتمام شهر، وقع الطلاق عقيب اليمين
١٦٤٦ - إذا قال أنت طالق كيف شئت، لم يقع حتى تشاء
١٦٤٧ - إذا طلقت طلاقاً رجعياً، ثم جعلها ثلاثاً، أو باننا لم تكن إلا رجعية
١٦٤٨ - إذا قال إن كنت تحبين النار وتكرهين الجنة فأنت طالق، فقالت أنا كذلك، حنثت
كتاب الرجعة
١٦٤٩ - الرجعية مباحة لزوجها
فصل وتحصل الرجعة بالوطء
١٦٥٠ - الإشهاد ليس بشرط في الرجعة
فصل فإن وطء الرجعية في مدة العدة فلا مهر عليه
١٦٥١ - إصابة الزوج الثاني شرط في إباحة المطلقة ثلاثاً
١٦٥٢ - لا تحصل الإباحة للزوج الأول إذا كان الثاني قد وطنها بنكاح فاسد
فصل ولا تحصل بالوطء في الحيض والصيام والاحرام
فصل ويحصل بوطء الصبي، وبه
فصل والذمي يبيع الذمية لمسلم
١٦٥٣ - إذا قال زوج الأمة ارتفعت قبل انقضاء عدتها وصدقه المولى وكذبته الزوجة فالقول قولها
كتاب الإيلاء
١٦٥٤ - لا يقع الطلاق بمضي مدة الإيلاء
١٦٥٥ - إذا كانت اليمين لا تزيد عن أربعة أشهر لم يكن مولى
١٦٥٦ - طلاق المولى رجعي
فصل، فإن راجعها وقد بقي من مدة اليمين أكثر من أربعة أشهر فهو مولى
١٦٥٧ - إذا امتنع المولى من الطلاق طلق الحاكم عليه
فصل ويملك الحاكم المطلقة والثلاث والفسخ
١٦٥٨ - إذا حلف بغير الله لم يكن مولى نحو الطلاق، والعتاق، وصدقة المال
١٦٥٩ - تجب الكفارة على المولى بالضي
١٦٦٠ - مدة الإيلاء في حق الرقيق والأحرار سواء
١٦٦١ - إيلاء الكافر صحيح
١٦٦٢ - إذا ألى من أجنبية ثم تزوجها لم تضرب له المدة على المنصوص عنه.
١٦٦٣ - إذا امتنع من وطنها بقصد الإضرار بها من غير يمين ضربت له المدة
١٦٦٤ - إذا ألى من الرجعية فالمدة من حين اليمين
فصل، ويحجب بزمان النشوز، والسفر، والمرض، والصغر من مدة الإيلاء
١٦٦٥ - يصح إيلاء المجبوب ويضى بالقول
١٦٦٦ - إذا وجدت الضينة من المريض بالقول ثم برئ لم يلزمه الضينة بالوطء

رقم
المسألة

رقم
المسألة

١٦٦٧- إذا قال لأربع زوجاته والله لا وطننكن بكلمة واحدة كان مولى
١٦٦٨- إذا قال والله لا لمستك، ولا باشرتك، ولا مستك ولا باضعتك،
ولا أصبتك، ولا غشيتك، ولا افترشتك، ولا أفصيتك إليك، ولا
أتيتك، ولا قربتك فهو صريح في الإيلاء
١٦٦٩- إذا حلف لا يظاها حتى تقطع ولدها وكان قد بقي من المدة
أكثر من أربعة أشهر فهو مولى

كتاب الظهار

١٦٧٠- يصح ظهار الذمي
١٦٧١- لا يصح ظهار السيد من أمته
١٦٧٢- إذا ظاهر من جماعة نسائه بكلمة واحدة، فعليه كفارة بكل
حال
١٦٧٣- إذا ظاهر من إحدى نسائه، ثم قال للأخرى وأنت علي مثلها، أو
كهي أو شريكتي كان مظاهرا
١٦٧٤- إذا كرر الظهار في حق امرأة واحدة فكفارة واحدة
١٦٧٥- يحرم على المظاهر القبلة واللمس على وجه الشهوة
١٦٧٦- يصح الظهار المؤقت
١٦٧٧- إذا شبه زوجته بعضو من أعضاء أمه كان مظاهرا
١٦٧٨- فإن شبهها بمن لا تحل له على التأييد كان مظاهرا سواء كان
التحريم طارئا كالرضاع والمصاهرة، أو أصليا كأمه
فصل فإن شبهها بالرحم المحرم من الرجال كان مظاهرا
فصل فإن شبهها بأجنبية لم يكن مظاهرا
١٦٧٩- إذا قال أنت علي كامي، أو أمي، ومثل أمي كان مظاهرا
١٦٨٠- إذا شبه عضو من أعضاء زوجته بأمه كان مظاهرا
١٦٨١- يصح الظهار من الأجنبية، فإذا قال إذا تزوجت فلانة فهي
علي كظهر أمي ثم تزوجها، فإنه يكفر
١٦٨٢- العود المذكور في كتاب الله تعالى هو العزم على الوطء
فصل فإن طلقها ثم عاد تزوجها بنكاح جديد عاد الظهار
١٦٨٣- كفارة الظهار تثبت في الذمة
١٦٨٤- إذا وطء المظاهر في صيام الكفارة ناسيا، أو عامدا استأنف
التكفير
١٦٨٥- الإيمان شرط في العتق في كفارة الظهار
فصل ويجري عتق المكاتب بشرط أن لا يكون قد أدى من
كتابته شيئا
١٦٨٦- إذا اشترى من يعتق عليه بالرحم ونوى حين الشراء عتقه عن
كفارته لم يجزه
١٦٨٧- إذا اعتق عبده عن غيره بإذنه في كفارته بغير عوض أجزأ
عنه
١٦٨٨- إذا اعتق أحد الشريكين حصته عن كفارة، ثم كملنا العتق إما
بشرائه أن كان موسرا أو شري في الثاني، وإيقاع العتق فيه أجزأ
عن كفارته
١٦٨٩- إذا اعتق نصف عبيدين أجزأه
١٦٩٠- إذا كان عليه كفارات من اجناس، لم يجزه التكفير إلا بشرط
تعيين النية
١٦٩١- إذا كان عليه كفارتان عن الظهار فاطعم ستين مسكينا، كل
مسكين نصف صاع، ونواهما جميعا أجزأه
١٦٩٢- لا يجزئ في الكفارات عتق المعيبة إذا كان يضرب بالعمل
١٦٩٣- إذا كان مقطوع اليد والرجل من خلاف لم يجز عتقه في
الكفارة
١٦٩٤- لا يلزم عتق عبده الذي لا غنى له عن خدمته في كفارته

١٦٩٥- الاعتبار في الكفارات بحالة الوجوب
١٦٩٦- إذا شرع في الصيام، ثم وجد الرقبة لم يلزمه الانتقال
١٦٩٧- إذا أفطر في أثناء كفارة يجب فيها التتابع بمرض، لم
يبطل التتابع
١٦٩٨- إذا تخلل صيام التكفير مدة لا يصح صيامها كيومي
العبيدين وأيام التشريق لم يبطل التتابع
١٦٩٩- يعطي كل مسكين من الكفارة مدبر، أو نصف صاع تمر، أو
شعير

١٧٠٠- الفصل شرط في كفارة الظهار وغيرها
١٧٠١- فصل فإن عدم العدد جاز تكراره على واحد في أيام
يجب تمليك الفقراء الطعام في الكفارات
١٧٠٢- يجب تقديم الطعام على المسلمين في التكفير
١٧٠٣- لا تجزئ إخراج القيمة على الإطعام في الكفارة
١٧٠٤- يجوز إخراج الدقيق في الكفارة ولا يكون قيمة
١٧٠٥- لا يجوز صرف شيء من الكفارات إلى الذمي.
١٧٠٦- يجوز دفع الإطعام في الكفارة إلى مكاتب
١٧٠٧- إذا قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي، كان عليها
كفارة الظهار

كتاب اللعان

١٧٠٨- إذا نكل الزوج عن اللعان وجب عليه حد القذف
فصل فإن نكلت الزوجة عن اللعان لم تحد
١٧٠٩- ليس من شرط اللعان من الزوجين الحرية والإسلام، وإن لا
يكون محدودين في قذف
١٧١٠- يملك الزوج أن يلاعن في القذف المطلق، وإن لم يقل
رايتها تزني
١٧١١- يصح قذف الأخرس ولعانه
١٧١٢- إذا قال لزوجته زنيته قبل أن تزوجك فعليه الحد، ولا
يلاعن
١٧١٣- إذا أبانها ثم قذفها بزنى مضاف إلى حالة الزوجية فله أن
يلاعن بشرط أن يكون هناك ولد يبريد نفيه
١٧١٤- إذا قذفها وهي زوجته، ثم أبانها فله أن يلاعن لاسقاط
الحد عنه
١٧١٥- الملاعنة إذا قذفت بذلك الزنى، وجب على قاذفها الحد
١٧١٦- لا يصح اللعان لنفي الحمل قبل وضعه
١٧١٧- إذا رماها في الموضع المكروه فله أن يلاعن
١٧١٨- يجب اللعان في النكاح الفاسد إذا كان هناك ولد
١٧١٩- فرقة اللعان لا تقع إلا بلعانها، وحكم الحاكم
١٧٢٠- فرقة اللعان فسخ
١٧٢١- فرقة اللعان مؤبدة لا ترتفع بتكذيبه نفسه
١٧٢٢- إذا قذف زوجته برجل بعينه فعليه الحد لهما، ويسقط
بلعانه، سواء ذكره في لعانه أو لم يذكره
١٧٢٣- إذا قال لزوجته أنا بك فلان مكروه، لا عن لنفي النسب
١٧٢٤- يصح اللعان لنفي الولد الميت سواء تقدم الرمي للموت أم
تأخر عنه
١٧٢٥- إذا نفى نسب ولده ثم مات فأقر به لحق نسبه به
١٧٢٦- إذا أقرب بولد ثم جحدته وقال هو من الزنا، لحقه النسب،
وعليه الحد لقذفها
١٧٢٧- إذا أقرب بالحمل لم يثبت نسبه وله أن ينفيه بعد الوضع
١٧٢٨- إذا قال للرجل يازانية، فهو قاذف

رقم
المسألة

- ١٧٦١ - إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها بالاقرار ثم جاءت بولد
لستة أشهر فصاعدا لم يثبت نسبه من الزوج
- ١٧٦٢ - الخلوة توجب العدة
فصل وثبتت الرجعة أيضا
- ١٧٦٣ - عدة الأمة بالاقرار من الطلاق قراءان
فصل وعدتها بالشهور شهران، وفيه رواية أخرى شهر ونصف.
- ١٧٦٤ - وفيه رواية، ثلاثة أشهر
إذا ارتجع زوجته من الطلاق الرجعي ثم طلقها، ثبت على
العدة الأولى
- ١٧٦٥ - المتوفى عنها زوجها لا يعتبر في حقها وجود الحيض
- ١٧٦٦ - الميتة في المرض إذا مات عنها اعتدت عدة وفاة بثلاث
حيض
- ١٧٦٧ - الميتة لا سكنى لها ولا نفقة
- ١٧٦٨ - الميتة لا تلزمها العدة في بيت زوجها
- ١٧٦٩ - المتوفى عنها زوجها كالميتة في حال الحياة فلا تستحق
نفقة ولا سكنى إذا كانت حائلا، أو كانت حاملا
- ١٧٧٠ - إذا مات زوج المحرمة في الحج وخافت فواته إن جلست لقضاء
العدة، جاز لها أن تمضي في الحج
- ١٧٧١ - إذا سافر الرجل بزوجه ثم مات، وبينها وبين منزلها مسافة
لا تقصر فيها الصلاة، لزمها الرجوع، وإن كانت المسافة تقصر
فيها الصلاة أو أكثر وبينها وبين مقصدها كذلك فهي بالخيار
بين الرجوع، والمقام، والذهاب، ولا يلزمها المقام
- ١٧٧٢ - المطلقة ثلاثا عليها الإحداد
- ١٧٧٣ - الصغيرة والمجنونة يلزمهما الإحداد، وكذلك الذمية
- ١٧٧٤ - الذمية إذا بانت من زوجها فعليها العدة
- ١٧٧٥ - عدة الذمية لأجل الوفاة كعدة المسلمة
- ١٧٧٦ - البائن يجوز لها أن تخرج من بيتها نهارا لحوائجها
- ١٧٧٧ - إذا اجتمع عدتان من رجلين لم يندخلا سواء كانا من جنس
أو من جنسين
- فصل فإذا نكحت في العدة ودخل بها الثاني لم يحرم عليه بعد
انقضاء العدة
- فصل إذا ثبت أن للثاني أن ينكحها فلا ينكحها حتي تنقضي
عدتها منهما جميعا
- فصل ولا تنقطع عدة الأول بدخول الثاني
- ١٧٧٨ - زوجة المفقود تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشرا، ثم
تحل للأزواج
- فصل ووصفة الضقد الذي يثبت الفسخ هو أن يكون غالبه
الهلاك كالمفقود بين الصنفين والذي يفتقد بين أهله نهارا، أو
الذي يكون في مركب فيهلك قوم ويسلم آخرون
- فصل ولا يفتقر ضرب المدة وإباحتها للأزواج إلى حكم حاكم
- فصل فإن قدم الزوج وقد تزوجت فإن كان الثاني مادخل بها
فهي للأول بكل حال، وإن كان قد دخل بها خبير الأول بين
الصادق وتركها، وبين أن يأخذها ويغرم الصادق
- فصل ويجوز قسمة مال المفقود
- ١٧٧٩ - عدة أم الولد إذا مات سيدها أو اعتقها حيضة
- ١٧٨٠ - أكثر مدة الحمل أربعة سنين
- ١٧٨١ - إذا بانت المرأة من زوجها بموت أو طلاق وأتت بولد في عدة
الحمل وادعت أنه منه وهناك من ينكره، ثبت نسبه بشهادة
امراة تشهد بالولادة

رقم
المسألة

- ١٧٢٩ - إذا قال زنا في الجبل فهو قذفا
- ١٧٣٠ - إذا قذف الجماعة بكلمة واحدة، يحد واحد، وإن كان بكلمات
محدود
- فصل والدلالة على أنه لا يتدخل إذا كان بكلمات
- ١٧٣١ - إذا قذف محصنا في الظاهر فقبل إقامة الحد زنى المقدوف لم
يسقط الحد
- ١٧٣٢ - إذا رمأها في الزنا في طهر جامعها فيه كان له نفية باللعان
- ١٧٣٣ - التعريض يوجب الحد، وفيه رواية أخرى لا يجب إلا أن ينوي به
القذف
- ١٧٣٤ - إذا شهد على المرأة أربعة بالزنا، منهم الزوج لم تصح الشهادة،
وعليهم الحد، إلا أن للزوج أن يسقطه باللعان
- ١٧٣٥ - إذا حكم الحاكم بالفرقة قبل اكمال اللعان لم تصح الفرقة
- ١٧٣٦ - إذا قذفها فصدقه، سقط اللعان سواء كان هناك ولد أو لم يكن
- ١٧٣٧ - إذا ماتت الزوجة قبل اللعان سقط
- ١٧٣٨ - إذا لعنت قبل الزوج لم تعد به
- ١٧٣٩ - نفي الولد على الفور
- ١٧٤٠ - حد القذف حق لا دمي.
- ١٧٤١ - إذا مات المقدوف قبل المطالبة بحد القذف، لم يورث عنه
- ١٧٤٢ - إذا سب أم النبي ﷺ، قتل ولم تقبل توبته، وهي الذمي إذا سب أم
النبي ﷺ، ثم أسلم روايتان، تقبل أو لا تقبل.
- ١٧٤٣ - إذا قال لمن ثبت زناه في الجاهلية يا زان، لم يلزمه الحد
- ١٧٤٤ - لا يلزم الأب الحد بقذفه لو لده
- ١٧٤٥ - إذا قال أخبرني فلان أنك زني، فلا حد عليه
- ١٧٤٦ - إذا قذف أجنبيا فحد له، ثم أعاد ذلك القذف، لم يحد له
- ١٧٤٧ - إذا قال للرجل يا زان، فقال أحرصدقت، فالحد على الأول
خاصة
- ١٧٤٨ - لا يجب على قاذف العبد الحد
- ١٧٤٩ - إذا قال لعربي النسب يانبحلي، أو يافارسي، أو يارومي، فلا حد
عليه
- ١٧٥٠ - إذا قذف من لم يحكم ببلوغه، إلا أنه يصح منه المجامعة
فعليه الحد
- ١٧٥١ - إذا قال لمرأة زني، فقالت بك زني، لم يكن قذفا
- فصل إذا ثبت أنه ليس بقذف فهو إقرار صحيح فيسقط الحد
عن القاذف، ويوجب الحد عليها إذا تكرر
- ١٧٥٢ - إذا وجب على ذمي أو مرتد حد القذف ثم لحق بدار الحرب،
ثم عاد، لم يسقط الحد عنهما
- ١٧٥٣ - الأمة تصير فراشا بالوطء، فما أتى به من الأولاد يلحق به
- ١٧٥٤ - إمكان الوطاء شرط في لحوق النسب من الزوجة
- كتاب العدة
- ١٧٥٥ - الأقراء التي ذكرها الله تعالى في القرآن لانقضاء العدة هي
الحيض
- ١٧٥٦ - إذا تأخر حيض المرأة لعارض فإنها تنتظره حتى يعود، فتعتد
به، أو تياس فتعتد بالأشهر، وإن كان غير عارض اعتدت سنة
- ١٧٥٧ - إذا انتطح الدم من الحيضة الثالثة لم تنقض العدة حتى
تغتسل
- ١٧٥٨ - إذا طلقها وقد أتى عليها زمان الحيض فلم تحض، اعتدت سنة
- ١٧٥٩ - المستحاضة إذا نسيت عاداتها فإنها تعتد سنة
- ١٧٦٠ - زوجة الصبي إذا مات عنها وقد علقت من غيره فعدتها أربعة
أشهر وعشرا

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١٨١٠ - إذا بلغ الولد معسرا، ولا حرفة له لم تسقط نفقته عن أبيه
١٨١١ - إذا اجتمع الورثة فالنفقة عليهم على قدر ميراثهم
١٨١٢ - إذا تزوجت الأم سقطت حضانتها، فإن طلقت عادت حضانتها
١٨١٣ - إذا افترقا الزوجان وبينهما ولد، فالأم أحق به إلى سبع، ثم
يخير الغلام، وتجعل الجارية مع الأب
١٨١٤ - الأخت من الأب أولى بالحضانة من الأخت من الأم، ومن الخالة
١٨١٥ - إذا اختلف بالأبوين الدار، فالأب أحق بولده سواء كان هو
المنتقل أم هي
١٨١٦ - للإمام أن يجبر الإنسان على نفقة بهانمه أو يبعها
كتاب الجنائيات
١٨١٧ - لا يقتل المسلم بالكاfer
١٨١٨ - لا يقتل حر بعبد
١٨١٩ - لا يقتل الأب بابنه
١٨٢٠ - يجري القصاص بين المرأة والرجل في الأطراف، وهكذا
العبيد بعضهم مع بعض
١٨٢١ - تقتل الجماعة بالواحد
١٨٢٢ - تقطع الأيدي باليد
١٨٢٣ - يجب القصاص في الأنف بالمثل
١٨٢٤ - قتل عمد الخطأ فيه دية دون القود، وهو ما وجد فيه عمد
في الفعل وخطأ في القصد
١٨٢٥ - إذا غصب صبيا فمات عند بصاعة أو نهشه حية ضمنه
بديعة خطأ
١٨٢٦ - يجب القصاص على المكرد على القتل، والمكرد جميعا
١٨٢٧ - إذا رجع الشهود بالقتل بعد استيفاء القصاص وقالوا تعمدنا،
فعلينا القصاص
١٨٢٨ - يقتل المرتد بقتل الذمي
١٨٢٨ - لا يجب القود على الممسك
١٨٢٩ - لولي الدم العفو إلى مال من غير رضا الجاني
١٨٣٠ - الواجب بقتل العمد أحد شينيين، إما قصاص، وإما دية،
ويتعين بالاختيار
١٨٣١ - يصح عفو النساء عن القصاص
١٨٣٢ - إذا ثبت القصاص لصغار، وكبار، وعقل، ومجانين، يؤخر
الاستيفاء إلى البلوغ والإفاقة
١٨٣٣ - لا يملك الأب استيفاء القصاص الذي يثبت لابنه الصغير
١٨٣٤ - إذا قتل واحد جماعة، فطلب الأولياء القصاص، قتل
لجماعتهم، وإن طلبوا الدية فلكل واحد دية، وإن طلب
بعضهم القصاص وبعضهم الدية قتل لمن طلب القصاص
وكان للباقيين ديانتهم
فصل: فإن قطع يمين رجلين فالحكم كما لو قتل رجلين
١٨٣٥ - إذا وجب عليه قطع لواحد وقتل لاخر استوفيا
١٨٣٦ - إذا مات الجاني يسقط القصاص والدية في تركته
١٨٣٧ - سراية القصاص غير مضمونة
١٨٣٨ - إذا جنى فيما دون النفس ثم سرا إليها وجب القصاص في
النفس وسقط فيما دونها، وإن جنى فيما دونها ثم جنى على
النفس وجب القصاص في النفس، وهل يجب فيما دونها ؟
١٨٣٩ - إذا اشترك العامد والخاطي في القصاص فلا قصاص عليهما
فصل: فإن اشترك أب وأجنبي، فالقصاص على الأجنبي
خاصة
١٨٤٠ - لا عمد للصبي

- ١٧٨٢ - إذا اعتقت الأمة وهي معتدة من طلاق رجعي انتقلت إلى عدة
حرة
فصل فإن كان الطلاق بائنا ثم يلزمها الانتقال
١٧٨٢ - المعتدة إذا وضعت علقه أو مضغة لم تنقضي عدتها
١٧٨٤ - إذا أخبر بانقضاء عدتها لأقل من شهرين قبل قولها
فصل فإن قامت البيينة على انقضاء عدتها في شهر، قبل منها
كتاب الرضاع
١٧٨٥ - لا يثبت تحريم الرضاع إلا بخمس رضعات
١٧٨٦ - مدة الرضاع حولان
١٧٨٧ - إذا وقع القطام قبل الحولين ثم عاد شرب حصل به التحريم
١٧٨٨ - يتعلق تحريم الرضاع بالجور والسعوط
١٧٨٩ - الحفنة لا تنشر الحرمة
١٧٩٠ - يتعلق تحريم الرضاع باللبن المشوب بالماء والطعام ونحوه
١٧٩١ - إذا صنعت المرأة لبنها جينا وأطعمته صبيا ثبت التحريم
١٧٩٢ - لبن الميتة ينشر الحرمة
١٧٩٣ - إذا كان له زوجتان صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة،
انفسخ النكاح، ويرجع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة
فصل: وتضمن نصف المسمى
١٧٩٤ - إذا كان له زوجتان صغيرتان فأرضعتها أجنبية واحدة بعد
الأخرى، انفسخ نكاحهما
١٧٩٥ - إذا كان لها لبن من زوج فطلقها، وتزوجت غيره وحملت وزاد
لبنها فهو منهما، وكذلك لو ولدت من الثاني فهو منهما وكذلك
لو انقطع لبنها من الأول، وثاب بظهور الحمل من الثاني
فصل: والدلالة على أنه إذا انقطع في مدة الحمل ثم عاد، أنه
منهما
١٧٩٦ - إذا قال لزوجته هذه اختي من الرضاعة أو النسب، ثم رجع
وقال كذبت، لم يقبل رجوعه، وهكذا لو اعترف بذلك قبل
التزويج، وهكذا المرأة إذا ادعى عليها النكاح فجحدته ثم
أقرت، ثم يقبل قولها حتى يستأنف النكاح
١٧٩٧ - إذا ثاب للمرأة لبن من غير حمل، لم يحصل به التحريم
كتاب الحضانة والنفقة
١٧٩٨ - نفقة الزوجات غير مفدرة بالشرع وإنما تعتبر بهما، فإن كانا
موسرين فنفقة موسرين، وإن كانا معسرين فنفقة معسرين،
وإن كانا متوسطين فنفقة متوسطين
١٧٩٩ - لا يلزم الزوج أن يخدم امرأته زيادة على خادم واحد
١٨٠٠ - إذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيرا لا يجامع مثله، فعليه
النفقة
١٨٠١ - لا نفقة للصغيرة التي لا يجامع مثلا
١٨٠٢ - إذا اختلف الزوجان في قبض النفقة بعدما وجد التسليم،
فالقول قول الزوجة
١٨٠٣ - الأعمار بالنفقة يثبت الفسخ للزوجة
١٨٠٤ - نفقة الزوجات لا تسقط بمضي الزمان
فصل: فإن قلنا، فيفتقر إلى حكم حاكم فمات وقد حكم به
حاكم لم يسقط
١٨٠٥ - إذا سافرت المرأة في غير واجب بإذن زوجها سقطت نفقتها
١٨٠٦ - إذا طلبت الأم نفقة مثلها فهي أحق برضاع ولده
١٨٠٧ - لا تجبر الحرة على رضاع ولدها
١٨٠٨ - يجبر الوارث على نفقة من يرثه بفرض أو تعصيب
١٨٠٩ - يجبر المولى الأعلى على نفقة المولى الأدنى

رقم
المسألة

رقم
المسألة

- ١٨٤١ - إذا قطعت يد رجل من الرسغ. وقطعها آخر من المرفق قبل الاندمال ثم مات. فالقصاص عليهما
- ١٨٤٢ - إذا قطع ولي الدم يد الجاني فعليه ديته بكل حال
- ١٨٤٣ - إذا جنى على أصبع فشلت إلى جنبها أخرى. ففي الأولى؛ القصاص. وفي الثانية؛ الأرض
- ١٨٤٤ - فإن جنى على إصبع فتأكلت إلى جنبها أخرى وسقطت. فلا قصاص في الثانية
- ١٨٤٥ - إذا كانت يد القاطع أنقص من أصابع المقطوع بأصبعة. فالمجني عليه بالخيار بين المطالبة بدية كاملة. وبين استيفاء القصاص في الموجود والأرض في المعدوم على قياس المذهب
- ١٨٤٦ - إذا قطع أنملة عليا. ومن رجل آخر أنملة وسطى لا عليا لها. وكان ذلك من أصبع واحدة. فصاحب الوسطى بالخيار بين الدية وبين الانتظار حتى يقطع عليا الجاني. ثم يستوفى القصاص
- ١٨٤٧ - لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء
- ١٨٤٨ - لا يؤخذ ذكر الفحل بذكر الخصي ولا المنتشر بذكر العين
- ١٨٤٩ - إذا اختلف الجاني والمجني عليه في العضو المتلف. فالقول قول المجني عليه
- ١٨٥٠ - لا يستوفى القصاص في دون النفس قبل الاندمال
- فصل؛ فإن خالف واستوفى في الحال ثم سرت الجنابة. فلا ضمان في سرايتها
- ١٨٥١ - لا يستوفى القصاص إلا بالسيف
- ١٨٥٢ - إذا حل دمه بسبب من الأسباب ثم لجأ إلى الحرم. لم يقتل حتى يخرج
- فصل؛ فإن استحق عليه إتلاف ما دون النفس ثم لجأ إلى الحرم. فالحكم فيه كالنفس
- ١٨٥٣ - إذا ثبت القصاص لنفسين فقتله أحدهما بغير إذن الآخر. فلا قصاص عليه
- فصل؛ فإن قتله أحدهما بعد عضو صاحبه وهو لا يعلم أو علم. إلا أنه اعتقد أن حقه لا يسقط. لم يلزمه القود
- فصل؛ فإن عفا بعضهم وقتل الباقيون مع العلم بسقوط القصاص. فعليه القصاص
- ١٨٥٤ - الاعتبار في: الضمان بحالة الإصابة لا بحالة الرمية. فإذا رمى إلى حلال الدم ثم أصابه وقد حرم دمه ضمنه. ولو كان بالعكس لم يضمن. وكذلك إذا رمى إلى عبد فأصاب حراً فضمان حر
- كتاب الديات
- ١٨٥٥ - تغلظ الدية بالحرم. والأشهر الحرم. والرحم
- فصل؛ الدلالة على أنه تغلظ بالأحرام
- فصل؛ ويكون التغلظ بالصفة والعدد
- فصل؛ ويجمع بين التغلظ بهذه الأشياء
- ١٨٥٦ - دية العمد وشبه العمد أربع خمسة وعشرون بنت مخاض ومثلها ابنة لبون. ومثلها حقة. ومثلها جذعة
- ١٨٥٧ - دية العمد حالة في مال القاتل. ذكره الخرقي في مختصره
- ١٨٥٧ - دية الخطأ أخماس بنات مخاض. وبنات لبون. وبنات لبون. وحقة. وجذعة. من كل نوع عشرون
- ١٨٥٨ - الدراهم والدنانير مقدرة في الدية ويجوز أخذها مع وجود الأبل. وهل هي أصل أم بدل ؟
- ١٨٥٩ - الدية من الدراهم اثنا عشر ألفاً
- فصل؛ والبقير والغنم أصل في الدية. وفي الحلل
- ١٨٦٠ - في الهاشمة عشرة من الأبل
- ١٨٦١ - في أسراف الأذنين الدية كاملة
- ١٨٦٢ - في الأضفان الأربعة الدية
- ١٨٦٣ - إذا قطع الكف أو زيادة عليه. ففيه ما في الكف
- ١٨٦٤ - في العين القاتمة. والسن السوداء. واليد الشلاء. ولسان الأخرس دية مقدرة وهي ثلث ديته
- ١٨٦٥ - في كسر الضلع وهي الترقوة بعير. وفيهما بعيران. وفي الذراع والساعد والعضد في كل واحد منهما بعيران. وكذلك الزند
- ١٨٦٦ - ما دون الموضحة لا يبلغ به أرش الموضحة
- ١٨٦٧ - إذا أوضحه فذهب عقله لم تدخل دية الموضحة في دية العقل
- ١٨٦٨ - في ثديي الرجل الدية
- ١٨٦٩ - إذا قلع سن من ولد اشقر ثم عادت سقط الضمان
- ١٨٧٠ - إذا ضرب السن فاسودت. ففيه جميع ديته
- ١٨٧١ - إذا قطع لسان صبي لم يبلغ حد النطق. ففيه الدية
- ١٨٧٢ - في عين الأعور الدية
- فصل؛ فإن قلع الأعور أحد عيني الصحيح عمداً. فلا قود وعليه دية كاملة
- ١٨٧٣ - جراح المرأة تساوي جراح الرجل إلى ثلث الدية. فإذا زادت على الثلث فهي على النصف
- ١٨٧٤ - إذا وطئ زوجته فأفضاها ومثلها يوطأ فلا ضمان عليه
- فصل؛ فإن طأوعته أجنبية فأفضاها فلا ضمان عليه
- فصل؛ فإن وطئها مكرهة فأفضاها ولم يسترسل البول فعليه ثلث الدية
- فصل؛ فإن استرسل البول فعليه دية
- فصل؛ فإن وطئ امرأة فافضاها فعليه المهر
- ١٨٧٥ - في ذكر الخصي والعين حكومة
- ١٨٧٦ - في اللحية إذا ذهبت فلم تعد الدية. وكذلك شعر الراس والحاجبين واهاب العينين
- ١٨٧٧ - دية أهل الكتابيين على النصف من ديات المسلمين
- فصل؛ إذا ثبت أنه ينقص فإنه بالنصف لا بالثلثين
- فصل؛ فإن قتل المسلم الذمي عمداً فعليه دية كاملة
- ١٨٧٩ - يضمن العبد بقيمته بالغا ما بلغ
- ١٨٧٩ - الجراح المقدر من الحر يضمن بمقدر من القيمة في حق العبد
- ١٨٨٠ - إذا قطعت يد العبد ثم اعتقه سيده ومات منها فالسراية مضمونة
- فصل؛ فإذا ثبت الضمان. فإنه يضمن بقيمته ويكون للسيد
- ١٨٨١ - إذا كان قيمة العبد تزيد على دية الحر فالتلف منه ما فيه كمال القيمة كاليدين ونحوهما ثم اعتق ومات. وجب ضمان القيمة
- ١٨٨٢ - جنابة العبد المغصوب على مولاه مضمونة وعلى الغاصب هدر
- ١٨٨٣ - إذا جنى العبد خطأ فالمولى بالخيار بين أن يسلمه أو يذنيه. ولا يلزمه بيعه وتسليم قيمته في الأرض. فإذا أخذه الولي كان جميع ثمنه له وإن زاد على الأرض

رقم
المسألة

- ١٩١٥- إذا كانت الدعوة في القتل وقتلنا يستحلف المنكر، فإنه يحلف يميناً واحدة
- ١٩١٦- لا تسمع الدعوى في القسامة إلا على معين
- فصل، وليس للولي أن يحلف إلا على واحد
- ١٩١٧- اللوث الذي تثبت به القسامة العدو الظاهرة
- ١٩١٨- لا قسامة فيما دون النفس
- ١٩١٩- تثبت القسامة في العبد
- ١٩٢٠- إذا كان الأولياء في القسامة جماعة قسمت الأيمان عليهم بالحساب
- ١٩٢١- تسمع الأيمان في القسامة من الوارث وغير الوارث من العصبات
- ١٩٢٢- لا تسمع أيمان النساء في القسامة
- كتاب كفارة القتل**
- ١٩٢٣- لا تجب الكفارة بقتل العمد
- ١٩٢٤- لا مدخل للأطعام في كفارة القتل
- ١٩٢٥- تجب كفارة القتل على الصبي والمجنون والكافر
- ١٩٢٦- تجب الكفارة بالقتل بالسبب كحضر البئر، ونصب السكين ووضع الحجر في الطريق،
- ١٩٢٧- تجب الكفارة بقتل العبد والكافر
- ١٩٢٨- إذا ضرب مملوفاً في كيس فقطعه، وقال كان ميتاً فأنكره الولي
- ١٩٢٩- فيمن يتعلم السحر ويستعمله يكفر، ولا تقبل توبته، ويقتل حداً
- كتاب قتال أهل البغي**
- ١٩٣١- ما يتلفه أهل البغي من مال ونفس وغيره لا يضمنونه
- ١٩٣٢- لا يجوز للإمام أن يستعين بالكفار على البغاة
- ١٩٣٣- لا يستعان على البغاة بكراهم وسلاحهم
- ١٩٣٤- لا يجوز اتباع المنهزم من البغاة، ولا يجاز على جريحهم
- ١٩٣٥- تنفذ قضايا أهل البغي
- كتاب المرتد**
- ١٩٣٦- ردة المرأة توجب القتل
- ١٩٣٧- استنابة المرتد واجبة
- فصل، إذا ثبت الاستنابة فإنه يؤجل بعدها ثلاثاً
- ١٩٣٨- لا تقبل توبة الزنديق، وهو الذي يظهر الإسلام ويبطن الكفر
- ١٩٣٩- إذا لحق المرتد بدار الحرب لم يقسم ماله ولا تعتق أم أولاده ومديره
- ١٩٤٠- يسرق أولاد المرتد الذين حدثوا في رده
- ١٩٤١- إذا كانت المرتدة في دار الحرب لم يجز استرقاقها
- ١٩٤٢- الرد لا تبطل إحصان الرجم
- ١٩٤٣- إذا وجب الحد في الإسلام ثم كفر ولحق بدار الحرب، لم يسقط الحد
- ١٩٤٤- تصح ردة السكران
- ١٩٤٥- الردة تزيل الأملاك زوالاً مراعاة، فإن مات على رده تبيناً زوالها بالردة، وإن عاد إلى الإسلام تبيناً أنها لم تزال
- ١٩٤٦- تصح ردة الصبي
- ١٩٤٧- إذا ارتد أهل بلد وجرى حكمهم فيه صار دار حرب
- ١٩٤٨- إذا تحيز المرتدون بدار ثم أسلموا وقد أتلوا مالا أو نفساً لزمهم الضمان
- ١٩٤٩- إذا انتقل الذمي من دين إلى دي

رقم
المسألة

- ١٨٨٤- لا يملك العبد بالجناية العمد والحكم فيه كالحر، أما القصاص أو عضو إلى مال
- ١٨٨٥- إذا جنت أم الولد فداها سيدها باقل الأربين من قيمتها، أو الأرض، فإن فداها ثم عادت جنت
- ١٨٨٦- لا تحمل العاقلة قيمة العبد
- ١٨٨٧- إذا ضربه فأحدث أو خرج منه ربح، ففيه ثلث الدية
- ١٨٨٨- إذا جنى على نفسه خطأ، وجب الضمان على العاقلة فضيماً دون النفس يكون له وفي النفس لورثته
- ١٨٨٩- إذا اصطدم الفارسان فماتا، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية صاحبه
- ١٨٩٠- إذا مال الحائط إلى الطريق، أو ملك غيره، فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به
- ١٨٩١- إذا صاح بصبي أو معتوه من على حائط فسقط، ضمنه، وكذلك إذا اعتقل بالغاً فصاح به فسقط. وكذلك إذا استعدى على امرأة فأسقطت
- ١٨٩٢- يدخل الأب والابن في تحمل الدية
- ١٨٩٣- لا يلزم الجاني تحمل شيء من الدية،
- ١٨٩٤- لا مدخل لأهل الديوان في تحمل الدية
- ١٨٩٥- لا يلزم الضيق تحمل شيء من الدية
- ١٨٩٦- ما تحمله العاقلة غير مقدر بل على قدر الطاقة
- فصل، ولا يستوي الفقير والغني فيما يتحمله
- ١٨٩٧- الغائب والحاضر في تحمل الدية سواء
- فصل، يترتب التحمل على ترتيب الإرث الأقرب فالأقرب، فإن لم يتسع الأقرب دخل الأبعد
- ١٨٩٨- يعتبر ابتداء مدة الحول من حين الموت
- ١٨٩٩- دية المرأة والذمي مؤجلة في ثلاث سنين
- ١٩٠٠- من مات من العاقلة بعد الحول لم يسقط ما لزمه من الدية
- ١٩٠١- المولى من أسفل لا يحمل من الدية شيئاً
- ١٩٠٢- أهل الذمة يتعاقلون
- ١٩٠٣- لا تحمل العاقلة ليسير من الدية
- فصل، واليسير ما دون الثلث
- ١٩٠٤- إذا ماتت المرأة من الجناية وألقت جنيناً ميتاً ففيه الغرة
- ١٩٠٥- تجب الكفارة في الجنين الميت
- فصل، فإن تحرك أو تنفس ففيه الدية كاملة
- ١٩٠٦- في جنين الأمة إذا كان مملوكاً عشر قيمة أمه
- ١٩٠٧- غرة الجنين تتحمل في ثلاث سنين وهذا في الموضع الذي تتحمل وهو إذا قتل الأم والولد معا
- ١٩٠٨- إذا حضر بئر في فئانه فما هلك فيها ضمنه
- ١٩٠٩- إذا بسط في المسجد بارية، أو علق قنديلاً، أو حضر بئراً للمطر فما هلك بذلك فلا ضمان عليه
- ١٩١٠- إذا ترك في دار كلباً
- ١٩١١- لا قصاص في العظام الباطنة وهي ماعدا الأسنان
- كتاب القسامة**
- ١٩١٢- يبتدأ بإيمان المدعين في القسامة
- فصل، إذا حلف الأولياء استحقوا القصاص
- ١٩١٣- إذا كان هناك لوث، وجب القسامة، وإن لم يكن بالمقتول أثر
- ١٩١٤- إذا ردت اليمين على المدعى عليهم، فحلفوا لم تلزمهم الدية
- فصل، فإن نكلوا فعليهم الدية

كتاب الحدود

- ١٩٥٠ - يجتمع في حق الزاني الثيب الجلد والرجم
١٩٥١ - لا يجوز ترك التغريب في حق الزاني
١٩٥٢ - لا يقرب العبد
١٩٥٣ - إذا وجد شرائط الاحصان في جنبه أحد الزوجين دون الآخر. لم يحصل به الاحصان في حق واحد منهما
١٩٥٤ - الاسلام ليس بشرط في احصان الرجم
١٩٥٥ - اذا مكنت العاقلة من نفسها مجنوناً لزمها الحد
١٩٥٦ - اذا رأى على فراشه امرأة يظنها زوجته فوطئها، فلا حد عليه
١٩٥٦ - إذا ثبت حد الزنا ببينة لم يكن من شرط استيفائه بداية الشهود، وهكذا إن ثبت باقرار لم يكن من شرط بداية الإمام
١٩٥٧ - حد الزنا لا يثبت باقرار دفعة واحدة
فصل، ويصح ذلك في مجلس واحد
١٩٥٨ - إذا نسب اقراره بالزنا الى امرأة بعينها فكذبته لم يسقط عنه الحد
١٩٥٩ - إذا اقر بالزنا ثم رجع عنه سقط الحد
١٩٦٠ - إذا شهد عليه بالزنا فصدقهم لم يسقط .